

Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence* (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Eligibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization** (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions** (April 8, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death* (April 8, 1981)
16. *The Jury* (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board* (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants* (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences* (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution* (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies: A Framework for Decision Making* (October 23, 1985)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)

4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case* (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences* (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice* (1977)
21. *Payment by Credit Transfer* (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons* (1979)
25. *Independent Administrative Agencies* (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law* (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects* (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests* (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1985)
39. *Post-seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration* (1985)
41. *Arrest* (1985)
42. *Bigamy* (1985)
43. *Behaviour Alteration and the Criminal Law* (1985)
44. *Crimes against the Environment* (1985)

The Commission has also published over seventy Study Papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montréal, Québec, H3B 2N2.

* Out of print. Available in many libraries.

**SECONDARY LIABILITY:
PARTICIPATION IN CRIME
AND
INCHOATE OFFENCES**

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1985
Catalogue No. J32-1/45-1985
ISBN 0-662-53749-1

**Law Reform Commission
of Canada**

Working Paper 45

**SECONDARY LIABILITY:
PARTICIPATION IN CRIME
AND
INCHOATE OFFENCES**

1985



Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Canada
K1A 0L6



Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Mr. Gilles Létourneau, Vice-President*
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner
Mr. John Frecker, Commissioner*

Acting Secretary

Harold J. Levy, LL.B., LL.M.

Co-ordinator, Substantive Criminal Law

François Handfield, B.A., LL.L.

Principal Consultant

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

* Was not a member of the Commission when this document was approved.

Consultants

Lynn Douglas, B.A., LL.B.

Oonagh Fitzgerald, B.F.A., LL.B.

Acknowledgments

At the time of publication of this Working Paper, Professor Jacques Fortin had passed away.

He was Vice-President of the Commission when the work started on the topic, and his ideas are reflected in the Paper.

Many people have contributed to this Working Paper. In particular, we gratefully acknowledge the contributions of Elizabeth Gilhooly, Holly Solomon and Gary Chayko. We also thank the Advisory Panel on Criminal Law for their invaluable comments and suggestions which were gratefully accepted, considered and frequently acted upon.



Table of Contents

INTRODUCTION	1
CHAPTER ONE: Idea, Rationale and Basic Questions	5
I. Idea, Rationale	5
II. Basic Questions	7
CHAPTER TWO: Secondary Liability in Law	9
I. History	9
II. Present Law	14
A. Participation	15
(1) General Sections	15
(2) Specific Provisions	15
(3) Case-Law Decisions	16
B. Attempt	16
(1) General Sections	16
(2) Specific Provisions	17
(3) Case-Law Decisions	17
C. Counselling	18
(1) General Section	18
(2) Specific Provisions	18
(3) Case-Law Decisions	18
CHAPTER THREE: Shortcomings of Existing Law	19
I. Lack of Generality	19
II. Poor Arrangement	20
III. Lack of Comprehensiveness	20
IV. Objectivism, Vagueness and Inconsistency	22
CHAPTER FOUR: A New Approach	25
I. Suggested Scheme of Secondary Liability	25
II. <i>Mens Rea</i>	28

A. Principles.....	28
(1) Intent	29
(2) Negligence.....	29
(3) Recklessness	29
B. Divergent Offences.....	31
C. Impossibility	32
(1) Impossibility in Fact.....	32
(2) Impossibility in Law.....	33
D. Abandonment.....	34
E. No Offence by the Prime "Offender".....	35
F. Conclusion	36
III. <i>Actus Reus</i>	37
A. Principles.....	37
B. Counselling, Inciting and Procuring	39
C. Aiding and Abetting	40
D. Attempting	41
E. Conclusion	41
IV. Double Jeopardy.....	41
V. Conclusion	42
CHAPTER FIVE: Conspiracy	43
I. Present Law	43
A. General Section	44
B. Specific Provisions.....	45
C. Case-Law Decisions.....	45
II. Shortcomings of Present Law	46
III. Rationale.....	46
IV. Double Jeopardy.....	48
CHAPTER SIX: Recommendations	49
APPENDIX: Tests Used to Distinguish Attempt from Mere Preparation	51

Introduction

In general when a person incurs criminal liability, he does so by committing an act defined in the Special Part of criminal law as an offence. Doing such an act is usually both a necessary and sufficient condition of criminality.

This general rule is subject to two qualifications. First, the commission of the act may not suffice; a person doing the very thing prescribed in a provision may still fail to be liable. Second, it may not be necessary; a person not doing the act in question may nonetheless be liable for it.

These qualifications arise from the General Part of criminal law. For the definitions of offences in the Special Part are themselves subject to certain General Part provisions, which amplify the relatively bald Special Part prescriptions by laying down rules for their interpretation and application.

This amplification, however, works in two directions. On the one hand, some General Part provisions restrict the scope and ambit of the Special Part, negating criminal liability and providing that, despite the commission of an act defined as an offence, there can be no conviction. Other provisions extend it by widening the area of liability and imputing responsibility even in the absence of commission.

The former function of the General Part, that of restricting the ambit of the Special Part, was dealt with in Working Paper 29.¹ That Paper explored two separate but intimately connected items: (1) principles of liability and (2) general defences. These items are connected by having a common rationale to the effect that there should be no liability without fault, by being to some extent mirror images of each other (automatism and mistake are the converse of *actus reus* and *mens rea* requirements), and by resting ultimately on a normative as well as a descriptive notion of *mens rea*.

The first item, principles of liability, was dealt with in a novel way. At present, these principles exist outside the *Criminal Code* as guiding maxims of common law. In the proposed new Code, in the interest of comprehensiveness, they would be included in the General Part. But following the approach of Stephen in *Tolson*,² we recommend their formulation as rules of statutory interpretation whose definitions of offences are to be interpreted, unless otherwise provided, as requiring conduct and knowledge on the part of the defendant.³

1. Law Reform Commission of Canada, *The General Part: Liability and Defences*, [Working Paper 29] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982).

2. *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168.

3. See *supra*, note 1.

The same applies to the second item, general defences. Currently some of these, for example, necessity and intoxication, are still left to common law. Again in the interests of comprehensiveness, in the new Code they would all be included in the General Part, preceded by an introductory provision to the effect that, even given conduct and knowledge, no liability would attach to cases falling under any of the following general offences.

Analogously, the extending function of the General Part is also performed by two different but related sets of rules. These concern liability without actual commission — what we term “secondary” liability, the subject of this Working Paper. One set of rules concerns cases where, strictly speaking, no Special Part offence whatsoever is committed. The other set relates to cases where a Special Part offence is committed, but not by the defendant in question.

Where no specific Special Part offence occurs and so there is no primary offender, there is, of course, no liability for committing a specific crime. There can be liability, however, for “secondary” offenders who do something to “further” that specific crime who counsel, incite, or procure its commission, or attempt themselves to commit it. Here liability will be for a general offence, usually defined within the General Part as an inchoate crime.

Where, in fact, a specific Special Part offence is committed, but by someone other than the defendant in question, he may in principle be liable in three different ways. He may be liable for doing something to further the crime committed for instigating or assisting its commission by the primary offender, that is, for being a party to it. He may be liable for helping that offender escape justice for being an accessory after the fact. Or, he may be liable because of his relationship (for example, that of employer) to the offender.

Of these three ways in which one person may be liable in respect of another’s wrongdoing, only the first (participation) is a real case of what we call secondary liability. Here the secondary offender shares responsibility for that very wrongdoing. The second case, accessory after the fact, can more properly be regarded as a crime in its own right, namely, obstructing justice. The third case, vicarious liability, as we shall argue later⁴ and as the Supreme Court of Canada has suggested,⁵ has no proper place within the criminal law.

This being so, this Paper on secondary liability focuses on two items: (1) participation and (2) inchoate offences. Both items are treated for what in our view they really are — two aspects of one unified concept, the *furtherance* of crime.

For the participation and inchoate rules, like those on liability and defences, are connected in three ways. They share a common rationale to the effect that blame attaches not only to the commission of a wrongful act, but also to its deliberate furtherance.

4. In a separate Working Paper on corporate criminal liability.

5. See *R. v. City of Sault Ste. Marie* (1978), 40 C.C.C. (2d) 353; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193.

They are to some extent mirror images — attempt and counselling are merely the inchoate versions of commission and accessory before the fact. Moreover, both sets of rules give rise to the same problems, for example, What constitutes attempts, or participation? What is the proper punishment? What is the effect of abandonment?

The General Part, then, manifests considerable symmetry. Looking in two opposite directions, it restricts the liability of primary offenders and extends liability to secondary offenders. On the one hand, it plays a "yes but" role and says to a defendant: "You may have done the act prescribed by the Special Part but you are not liable because...." On the other hand it plays a "not only but also" role and says: "Not only would you have been liable if you had done the act prescribed by the Special Part, but you are also liable because of certain other things you did, for example, attempting, inducing, helping, and so forth."

As to the "yes but" rules, there is one major problem. Many of them, for example, the principles of liability, the defence of intoxication and the defence of necessity, fall outside the present *Code*. To a large extent, therefore, in Working Paper 29 we tried to incorporate into a proposed new Code codifications of existing common law rules or improved versions of them.

The "not only but also" rules raise different problems. These rules are for the most part already contained in the present *Code*. However, they lack orderly arrangement, consistency and in some cases clear direction, and they are bedevilled by issues never satisfactorily resolved by common law.

Accordingly, this Working Paper will proceed by five stages. First, it will explore the idea, rationale and basic principles of secondary liability. Second, it will examine our present law on participation and inchoate offences. Third, it will highlight the shortcomings of the present law. Fourth, it will attempt a more principled approach to the whole question. Fifth, it will deal with conspiracy. Sixth and finally, it will make concrete recommendations for a new Code of criminal law.

Certain matters, however, will not be dealt with in this Paper. Some of these are matters of practice, procedure and evidence. As such, apart from the question of punishment, which is more intimately related to our present focus, they will be more appropriately treated in the context of procedure.

Another matter excluded from this Paper relates to specific offences which are defined as complete offences in their own right but are in essence inchoate offences. Arson, for example, consists in setting fire to property, that is to say, not burning it down but rather trying to do so. Theft consists in taking another's property in order to deprive him or her of it, again not necessarily depriving that person but rather trying to. Such offences are excluded as falling outside the scope of this Paper dealing with general inchoate crimes.

Finally, another matter excluded concerns offences whose participatory nature is apparent rather than real. For instance, the offence of assisting suicide is not a secondary or participatory offence because there is no crime of committing suicide in Canada. Or again, participating in a riot is not a secondary offence of helping others to strike, but rather is the way in which to commit the primary offence itself.



CHAPTER ONE

Idea, Rationale and Basic Questions

I. Idea, Rationale

With secondary liability we confront a general problem often found in criminal law, one already noted with respect to theft and fraud. That problem is the divergence between broad principle and detailed practice. In principle, the idea of secondary liability — of criminal liability for participation and inchoate offences — is straightforward, obvious and justifiable. In practice it often poses problems.

For this divergence there are several reasons. One is that law is founded on common sense, but often must go further. Concepts such as attempt, participation, possession, causation and many others used in law are based on common sense notions, but purely common sense considerations could never solve the detailed problems facing courts and lawyers in daily practice. Likewise, in secondary liability, the lawyer has to start with common sense but then refine it, trying of course always to keep faith with its underlying thrust and spirit.

In principle, then, the concept of secondary liability is straightforward, obvious and clearly justifiable. If doing something is wrong and reprehensible, then so is trying to do it. No one would restrict blame and responsibility merely to those who actually do the act itself. Pure common sense acknowledges the wrongfulness of participation in wrongdoing and of inchoate forms of wrongfulness. So, therefore, does our criminal law.

Clearly then, the rationale for secondary liability is the same as that for primary liability. Primary liability attaches to the commission of acts which are outlawed as being harmful, as infringing important human interests and as violating basic social values. Secondary liability attaches on the same ground to their attempted commission, to counselling their commission and to assisting their commission.

This is clear with participation. If the primary act (for example, killing) is harmful, then doing it becomes objectionable. But if doing it is objectionable, it is also objectionable to get another person to do it, or help him do it. For while killing is objectionable because it causes actual harm (namely, death), so too inducing and assisting killing are objectionable because of the potential harm: they increase the likelihood of death occurring.

The same arguments hold for inchoate crimes. Again, if the primary act (for example, killing), is harmful, society will want people not to do it. Equally, it will not want them even to try to do it, or to counsel or incite others to do it. For while the act itself causes actual harm, attempting to do it, or counselling, inciting or procuring someone else to do it, are sources of potential harm — they increase the likelihood of that particular harm's occurrence. Accordingly, society is justified in taking certain measures in respect of them: outlawing them with sanctions, and authorizing intervention to prevent the harm from materializing.

Problems arise, however, from the limits to the justifiable scope of criminal law, and these apply no less to secondary than to primary liability. We criminalize certain conduct to protect fundamental values, but at the cost of encroachment on other values. For instance, as some economists would put it, if an act causes harm, that is to the victim, then forbidding it also causes "harm," namely to those who are no longer legally free to do it. The potential victim's well-being is promoted at the expense of the liberty of others. In making criminal laws, therefore, society must seek a balance and beware of undue infringement on individual liberty through forbidding things which people should be free to do.

In common law, this balance shows itself in two different ways. On the one hand, the definitions of crimes are carefully drawn by the Special Part of criminal law, which leaves many things outside the criminal ambit. On the other hand, well-known requirements relating to conduct and to the mental element are provided by the General Part, which also therefore leaves certain behaviour beyond the scope of criminal law. In both cases, the aim is to avoid penalizing harmless and innocent behaviour: behaviour falling below the conduct threshold (that is, non-acts), acts done with no wrongful frame of mind (that is, acts unaccompanied by *mens rea*), and conduct in no way wrongful in itself (that is, an act in no way *reus*).

With secondary liability, the striking of this balance is particularly difficult. For in the case of primary liability, the act forbidden by the Special Part is usually clearly harmful and clearly prohibited by the criminal law. By contrast, in the case of secondary liability, the kind of conduct forbidden indirectly and in general terms through the rules on parties and inchoate offences is less clearly harmful and less clearly prohibited. To put it another way, acts such as murder and wounding clearly manifest their criminality, while acts of assisting or attempting murder or wounding may manifest it much less obviously. A murderer is always self-evidently bent on harm; a person trying to murder is not. In many cases we may only think the latter to be bent on harm because we infer this from his actions, or because he tells us so.

Here there are two different dangers. First, when we infer that a person is bent on harm, we may be wrong in doing so, because his act may be entirely innocent. Hence the strict criminal law requirement that the prosecution prove the defendant's wrongful intent beyond reasonable doubt. Second, when a person tells us that he was bent on harm, we may still regard him as not having acted otherwise than he could

have done in all innocence without such wrongful intent. Hence the common law reluctance to criminalize mere intent or "thought crime" and the insistence on a wrongful act, an *actus reus*.

These twin dangers of penalizing innocent behaviour or mere "thought-crime" are accentuated by the way our criminal law is formulated. Take, for example, the *actus reus* problem. In the case of primary liability, the *actus reus* is usually defined in some detail in provisions in the Special Part. However, in the case of secondary liability, the *actus reus* of counselling, helping and attempting is only defined in broad terms by sections in the General Part. What is the minimal conduct required for counselling, procuring, aiding, abetting, and attempting? When does aiding, abetting or attempting turn into committing? These questions, of necessity it seems, can receive no precise answer from statute or case-law.

The same appears true of *mens rea*. In cases of primary liability, the relevant Special Part provision will often spell out the required mental element, and, when it does not, there always remains the general principle that intention or knowledge is necessary. By contrast, in the case of secondary liability, neither the relevant General Part section nor the application of the general *mens rea* principle is crystal clear. Does an accessory before the fact have to intend to incite or merely to know he is likely to incite? Does an aider and abettor have to intend that the crime in question be committed or merely to know that its commission is likely? Such questions have never fully been resolved within the common law tradition.

II. Basic Questions

In addition, there are in this connection certain problems as to secondary liability that do not, in general, arise with primary liability. One relates to divergent purpose, another to impossibility and a third to abandonment.

The divergent purpose problem, which occurs in primary liability situations only in the case of constructive liability, arises when the act done by the primary offender is different from that intended or expected by the secondary offender. D urges A to commit crime X, and in consequence, A commits crime Y. To what extent should D be liable for crime Y?

Impossibility, a problem usually seen as arising especially with attempt, arises equally with counselling, inciting and procuring. D tries to commit crime X, incites A to commit X or counsels B to commit it. But crime X turns out to be impossible to commit. Should D attract secondary liability, and if so, to what extent?

Abandonment poses an issue both in cases of inchoate offences and in cases of participation. D starts trying to commit crime X, inciting B to commit it or counselling

C to commit it, but abandons the enterprise. D begins helping E to commit crime X but then stops giving assistance. How far should such abandonment reduce or negative D's secondary liability?

This brings us to the basic question of punishment. Should those involved in crime as secondary offenders receive the same punishment as actual committers? Given that a crime is committed, do all involved have equal moral responsibility? Should the effect of each person's actual contribution affect the penalty? Given that no crime is committed, do those who attempt, counsel, incite or procure its commission have as much responsibility as if it had actually been committed? Do considerations of deterrence justify a lesser, or indeed a greater penalty? Do common sense reactions justify a lesser punishment because no concrete harm resulted?

Given such difficulties over *actus reus* and *mens rea*, over divergent purposes, impossibility and abandonment, and over punishment, small wonder if our present law on secondary liability seems unsatisfactory. A brief survey, however, of its background, history and lay-out will reveal the soundness of its basic thrust and rationale. It will also highlight detailed shortcomings, and suggest improvements in line with that thrust and rationale.

CHAPTER TWO

Secondary Liability in Law

The concept of secondary criminal liability has long been recognized by Western legal systems. It is found in all those civil law systems originating in Europe and based ultimately on Roman law. It is equally found in all the common law systems derived from English law.

I. History

Within both kinds of Western legal systems, then, we find rules of secondary liability. In both, there seems to have been ready acknowledgment of liability for participation without actual commission. Meanwhile, the recognition of liability for inchoate offences, especially in common law, appears to have been more hesitant.

Indeed inchoate offences are the subject of two quite contrasting stories as related by conventional wisdom. In Roman law and in its civil law descendants, recognition of inchoate liability followed quite straightforwardly from the principle *voluntas reputatur pro facto*.⁶ In common law such recognition came more slowly since, as Pollock and Maitland put it, "our old law started from the other extreme: *factum reputatur pro voluntate*."⁷ Clearly, where all that matters is intent, there is no problem with inchoate liability; but where what matters is the deed, there is no room for liability without commission of the act itself.

Much as there may be to be said for this account, it grossly oversimplifies. A cursory look at legal history reveals a more confusing picture. In no way was civil law a slave to the *voluntas* principle or common law a captive of its opposite.

Roman law and its successors in Europe clearly recognized the notion of secondary liability. Participation was much discussed by Roman jurists who distinguished among *auctores*, *co-auctores*, *auxillarii*, *participes*, *consilii* and so on.⁸ These distinctions,

6. See R. Merle and A. Vitu, *Traité de droit criminel* (Paris: Cujas, 1975), vol. 1, p. 613.

7. F. Pollock and F. W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1898), vol. 2, p. 477, note 5.

8. See *supra*, note 6.

however, made little difference to the liability or the sanction incurred. The resulting position, then, was much like that in common law regarding parties to treason and misdemeanours.

On this question of punishment for participation, however, Continental systems have been divided. France, for example, followed the lead of Roman law and made all parties liable to the same sanction.⁹ Germany, on the other hand, assigned a lesser penalty for secondary participation than for commission.¹⁰

By contrast, inchoate offences were not so readily recognized in Roman law. Indeed some commentators, such as Bynkershoëk, contend that Roman law contained no general theory of attempted crime, but only some specific attempt offences.¹¹ Others, however — and indeed the majority of sixteenth century writers — claim that there existed an articulated doctrine whereby an attempt, *conatus*, was treated as equivalent to, and meriting the same penalty as, a consummated crime.¹²

Of course, in one important respect Roman law differed from its modern counterparts. Theft and many other acts which, in these modern systems, qualify as crimes were seen rather as torts or delicts — private wrongs for which the remedy was compensation and for which, therefore, actual harm was an essential ingredient. In consequence, attempts to steal and so on incurred no liability.

With public wrongs, however, a different rule developed. While early on, in these as in their private counterparts, resulting harm was a condition precedent to liability, things changed with the growth of the distinction between wrongs committed *casu*, by accident, and wrongs committed with *dolus*, intention. Where *dolus* became the prime ingredient, acts of preparation, commencement of execution and so on came to suffice for criminal liability as outward manifestations of the *dolus*.¹³

All the same, just as in modern law, in Roman law mere intent, *nuda cogitatio*, was never criminal. For *voluntas*, as in the maxim *voluntas reputatur pro facto*, meant much more than this; it meant intent manifested by some overt act.¹⁴

For this reason, there was in fact no need in Roman law for a distinct concept of attempt in *dolus* crimes. Instead, Roman law relied on the concept of an act in furtherance of a crime without distinguishing between acts of preparation and acts of execution.

9. *The French Penal Code* of 1810, as amended, 1959, Article 59, in *The American Series of Foreign Penal Codes* (London: Sweet and Maxwell, 1960), vol. 1, p. 37.

10. *Das Deutsche Strafgesetzbuch* (1975), as amended to June, 1980, ss. 27(2), 49(1).

11. Bynkershoëk, *Observ. jus rom.* III, 10, app. I, p. 72; Feuerbach, *Lehrbuch des Gen. Peinl. Strafrechts* (Giessen: 1849), pp. 48 and 39, note I; Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 1st ed. (Paris: 1855), p. 122, note.

12. See, for example, *Cujas Observat* VIII 32; XV, 25; Matthaeus D'Utrecht, *de Criminibus*, Comment. ad lib. pand., XLVII and XLVIII, Amst., 1644.

13. See Pliny, *Historia* 18, 3. Festus V parricid.

14. "Cogitationibus poenam nemo patitur": Aulus Gellius Digest XLVIII, 29.

The *lex Cornelia de sicariis*, for example, put murder, attempted murder and various secondary acts of murder on the same footing, and made them all liable to the same penalty. This was also the rule applying to *crimina ordinaria*, the major crimes.

On this basis, a theory of criminal liability was shaped by Continental textbook writers.¹⁵ That theory distinguished between attempts, acts of preparation, internal psychological facts, and so on. These distinctions were given extra importance by the emerging rule of law which required precise legal definitions for any offence. Hence, the elusive quest for certainty in defining attempt and the inchoate offences. The inheritance of Roman law is more obvious, however, in attempt than in counselling and conspiracy. The development of counselling and conspiracy as specific crimes (generally considered by Continental law as a form of attempt), seems to have been an original contribution of English law.

Meanwhile, the common law was thought to have set out from the opposite starting-point to that adopted by civil law. Supposedly the deed and not the intent was all-important. In the words of Pollock and Maitland, "ancient law has as a general rule no punishment for those who tried to do harm but have not done it."¹⁶

This so-called general rule could easily be explained. Deeds are public property, part of the furniture of the external world and there for everyone to see, whereas thoughts are private events, part of a person's inner life and hidden from others. As Brian C.J. observed way back in 1477, "the intent of a man cannot be tried, for the devil knows not the intent of man."¹⁷ The alleged approach of early common law could well be based on obvious reasons.

Equally obvious would be its consequences. An act would be both sufficient and necessary for criminal liability. Acts by themselves, with wrong intent perhaps inferred from them, would merit punishment. Intent by itself without the full *actus reus*, as in the case of participation, attempt and counselling, would escape penalty.

Such consequences did ensue to some extent. Certainly, the sufficiency of an *actus reus* is borne out by the concept of the deodand and also by the notion that a man intends the natural consequences of his actions.¹⁸ Certainly too, the necessity of an *actus* is shown by hesitance in law to impose liability without a completed *actus*, witness

15. It should, however, be noted that the traditional analysis, and especially the French law, simplified the theory to four concepts: the author, the co-authors, accessory and *recelevis* (accessory participants). See Merle and Vitu, *supra*, note 6, p. 613; Dalloz, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* (Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1977), vol. 2, p. 1.

16. *Supra*, note 7, p. 477, note 5.

17. (1477), 17 Edw. IV 2 (Excheq.).

18. The concept of deodand grew out of the very ancient belief that guilt attached not only to the actor, but also to the inanimate object used to commit the harm. For example, if a sword was used to kill someone, not only was the defendant guilty, but the sword had to be forfeited to the Crown as a deodand (even if owned by an innocent third party). See Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, 7th ed. (London: Sweet and Maxwell, 1956), vol. 3, p. 47.

the common law reluctance to convict an accessory before the principal's conviction¹⁹ and the failure to convict attempters or inciters before the Star Chamber's establishment in the sixteenth century.²⁰

Requirement of an *actus reus*, however, was not a universal rule. Treason at least — and this goes back at least to the *Statute of Treasons*, 1351 (25 Edw. III, c. 2) — included under some heads mere mental acts, for example, compassing the King's death, and arguably, the statutory requirement that the accused (as stated in the *Statute of Treasons*) "thereof be proveably attainted of open deed" goes only to evidence and not to substance.²¹ More important for our purposes, there is some evidence of early common law recognition that one could be liable for an offence as a participator, whether it was actually committed or not. In one case, for example, a defendant plotting murder but failing in his attempt was punished for the full felony of murder.²²

Even before the arrival, then, of the Star Chamber, we can see factors militating against the conventional theory that in common law the act was all-important. First, *mens rea* was apparently coming to be essential for conviction.²³ Second, attempts were coming to be punished like completed crimes.²⁴ Third, conspiracy in one form, namely, causing damage by combining to prefer false indictments, was already an offence before the *Case of Duels* (1615) in the Star Chamber.²⁵ Finally, participation and inchoate crimes were not seen as essentially different, but rather as two sides of the same coin.²⁶

19. *Ibid.*, p. 308.

20. It was Stephen's view that the doctrine of attempt originated in the Court of Star Chamber. See J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883, reprinted New York: Burt Franklin, 1964), vol. 2, pp. 223-24. This view is supported by, among others, C. Kenny in J. W. Cecil Turner, ed., *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1966), p. 101, and F. B. Sayre in his article, "Criminal Attempt" (1928), 41 *Harvard L. Rev.* 821.

21. See Sir Matthew Hale, *The History of the Pleas of the Crown* (1736, reprinted London: Professional Books, 1971), vol. 1, p. 108.

Compassing the death of the king is high treason, though it be not effected, but because the compassing is only an act of the mind, and cannot of itself be tried without some overt-act, to evidence it, such an overt-act is requisite to make such compassing or imagination high treason.

22. In 15 Edw. II 463, decided in 1322, Spigurrel J. referred to a case in which a woman and her lover had compassed the death of the woman's husband and had assaulted him, leaving him for dead. He survived, however, and yet the lovers were arraigned and convicted; he was hanged and she was burnt.

23. See J. W. Cecil Turner, *Russell on Crime*, 12th ed. (London: Stevens, 1964), pp. 18-26.

24. This was recognized by the early legal commentators. See, for example, E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (1644), p. 69; W. Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, 8th ed. (1824), p. 113; Stephen, *supra*, note 20, p. 222.

25. In fact, conspiracy has an interesting history. There is apparently no evidence that a specific offence of conspiracy was known to common law before the statutory enactments embodied in the 1305 *Ordinance of Conspirators*. Conspiracy is purely a creature of statute, a statute enacted to remedy a very particular wrong: the preferring of false indictments. The offence was more closely connected with offences against the administration of justice than anything else. Moreover, it was not the act of conspiring that was the gist of the offence, but rather the damage suffered by the plaintiff from the false indictment being brought against him. Conspiracy as originally enacted was a completed, substantive offence with no overtones of inchoate liability.

26. It seems that the courts were punishing intention rather than conduct, and the evil intent was the same whether or not the crime was completed. The conduct only served as evidence of the evil intent. This view is echoed in later cases as well. See, for example, *R. v. Scofield* (1784), *Cald. Mag. Rep.* 397.

Admittedly, conventional wisdom is correct to emphasize the Star Chamber contribution, particularly in the area of conspiracy. To strengthen royal power and centralize the lawful use of force, that court was obviously concerned to prevent duelling. To do so, it extended accessorial liability to seconds and others assisting in preparations, even for duels that never took place; it treated as accessories those who today would be more properly regarded as attempters, inciters or conspirators.²⁷ In doing so it built on earlier law, it seems, but put the emphasis, at least as regards conspiracy, on the notion of confederating, that is, plotting together.²⁸

After the abolition of the Star Chamber, its developments and contributions to the law were taken over by the ordinary courts. In consequence, participation and inchoate offences subsequently went their separate ways. Participation was seen as one thing — as modes of involvement in a complete crime; inchoate offences were seen as another — as complete crimes in their own right.²⁹ Accordingly in *Gregory*,³⁰ in the mid-nineteenth century, a statute relating to participation was held to have no application to a case of inchoate incitement. The link between participation and inchoate offences — involvement in an offence by virtue of acts done to further it — was lost.

Interestingly, this link was clearly perceived both by Macaulay³¹ and by Wright,³² although not, it seems, by Stephen.³³ Rejecting the complex participation rules of common

p. 403, *per* Lord Mansfield:

So long as an act rests in bare intention, it is not punishable by our laws, but immediately when an act is done, the law judges, not only of the act done, but of the intent with which it is done; and, if it is coupled with an unlawful and malicious intent, though the act itself would otherwise have been innocent, the intent being criminal, the act becomes criminal and punishable.

Also, see *R. v. Higgins* (1801), 2 East 5, 102 E.R. 269, p. 275, *per* Grose J.:

If a robbery were actually committed, the inciter would be a felon. The incitement, however, is the offence, though differing in its consequences, according as the offence solicited (if it be felony) is committed or not. The guilt of an accessory before is in many cases as great as that of the principal: sometimes indeed it is even deserving of greater punishment.

27. This was done in the famous *Case of Duels* (1615), 2 St. Tr. 1033, where the court held: And the court with one consent did declare their opinions: That by the ancient law of the land, all inceptions, preparations, and combinations to execute unlawful acts, though they never be performed, as they be not to be punished capitally, except it be in case of treason, and some other particular cases of statute law, so yet they are punishable as misdemeanors and contempts; and that this court was proper for offences of such nature.
28. The court built on earlier law in that it professed to be merely interpreting the conspiracy statutes already on the books. See, for example, *The Poulterers' Case* (1610), 9 Co. Rep. 55.
29. The common law courts of the post-Star Chamber period do not appear to have given much credit to the Star Chamber for the invention of a liability for attempt and incitement. Instead, they harkened to the "ancient doctrine" which treated the will as the deed, and held that an evil intent manifested by an overt act is punishable. At first they modified the doctrine only to the extent that one who attempted felony was not liable for the full felony, but for a high misdemeanour. See *Mr. Bacon's Case* (1664), 1 Lev. 146; Mich. 16 Car II in B.R. 341; *R. v. Scofield*, *supra*, note 26; *R. v. Higgins*, *supra*, note 26, p. 269.
30. *R. v. Gregory* (1867), 1 L.R. 77.
31. In 1837, T. B. Macaulay drafted a criminal code that was subsequently enacted as the *Indian Penal Code*, Act XLV of 1860.
32. R. S. Wright, *Drafts of a Criminal Code and a Code of Criminal Procedure for the Island of Jamaica* (London: HMSO, 1877).
33. J. Stephen, *English Draft Code*, Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences with an Appendix Containing a Draft Code Embodying the Suggestions of the Commissioners (London: HMSO, 1879).

law, both these reformers utilized a more general concept of "abatement." Macaulay used this term to cover instigating, conspiring and intentional aiding, whether the full crime was committed or not.³⁴ Wright used it to cover aiding, instigating, counselling, procuring and facilitating, whether the full crime was committed or not.³⁵ Apart from their addition of a separate offence of attempt, both writers clearly treated all secondary parties — accessories before and at the fact, of a completed or inchoate crime — as falling under the general concept of "abetting."

By contrast, Stephen followed what had come to be the more traditional approach. Both in the *Digest*³⁶ and the *English Draft Code*³⁷ he treated participation and inchoate offences under quite separate headings. In effect then, he merely codified to a large extent the already existing rules of common law on participation, attempt, incitement and conspiracy.

This codification is what was taken over by the draftsmen of our *Criminal Code* of 1892³⁸ which, with minor modification, has remained the law until the present day.³⁹

II. Present Law

This present law, however, is contained in a variety of places. On both participation and inchoate offences, the rules are to be found partly in general sections in the present *Criminal Code*, partly in numerous specific provisions and partly in case-law decisions as follows.

34. *Indian Penal Code*, Act XLV of 1860, c. V (s. 107 particularly).

35. Wright, *supra*, note 32, especially Chapters IV and V.

36. J. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (London: Macmillan, 1877), Chapter IV dealing with participation in completed crimes, and Chapter V dealing with liability for inchoate crimes.

37. Stephen, *supra*, note 33, reprinted in 6 Parl. Pap. sections 71, 72 and 73 dealing with participation in completed offences, and sections 74 and 419-424 dealing with liability for inchoate offences.

38. *The Criminal Code*, 1892, 55-56 Vict., c. 29, sections 61, 62 and 63 dealing with participation in completed offences; and section 64 dealing with liability for inchoate offences. It is interesting to note that the courts found the substantive offence of inciting (for which no separate provision was made in the 1892 Code) by reading it into paragraph 61(d), thus drawing the connection between the two strands of secondary liability for counselling and procuring. See, for example, *Brousseau v. The King*, [1918] 56 S.C.R. 22, 29 C.C.C. 207, 39 D.L.R. 114; followed in *R. v. Gordon and Gordon*, [1937] 2 W.W.R. 455, 79 C.C.C. 315 (Sask. C.A.).

39. *Criminal Code*, S.C. 1953-1954, c. 51, amended the 1892 Code by removing "counselling and procuring" from the general parties section (originally section 61); providing for "counselling and procuring" in a separate section (new section 22); and, adding new section 407 to cover inchoate inciting. These changes served to sever completely the link between the two kinds of secondary liability. Also, the phrase, "Every one is a party to and guilty of an offence who ..." found in section 61 of the 1892 Code, was changed to "Every one is a party to an offence who ..." in section 21 of the 1955 Code, thus obscuring the effect of being found to have participated in crime. In the 1974-75-76 revisions of the Code, subsection 23(3), which excused married women from liability as accessories after the fact if they rendered their assistance in the presence and by the authority of their husbands, was repealed. Since enactment in 1892, the attempt provisions have undergone no substantive legislative changes.

A. Participation

(1) General Sections

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 22, 23:

21. (1) [Parties to offence] Every one is a party to an offence who

(a) actually commits it,

(b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it,
or

(c) abets any person in committing it.

(2) **[Common intention]** Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

22. (1) [Person counselling offence] Where a person counsels or procures another person to be a party to an offence and that other person is afterwards a party to that offence, the person who counselled or procured is a party to that offence, notwithstanding that the offence was committed in a way different from that which was counselled or procured.

(2) **[Idem]** Every one who counsels or procures another person to be a party to an offence is a party to every offence that the other commits in consequence of the counselling or procuring that the person who counselled or procured knew or ought to have known was likely to be committed in consequence of the counselling or procuring.

23. (1) [Accessory after the fact] An accessory after the fact to an offence is one who, knowing that a person has been a party to the offence, receives, comforts or assists him for the purpose of enabling him to escape.

(2) **[Husband or wife, when not accessory]** No married person whose spouse has been a party to an offence is an accessory after the fact to that offence by receiving, comforting or assisting the spouse for the purpose of enabling the spouse to escape.

(2) Specific Provisions

Sections 21 and 22 appear to have been intended to have universal application to all provisions of the Special Part of the *Code*, but in fact their broad scope is encroached upon by numerous and haphazard special sections that specifically impose "accessorial"

liability for aiding and abetting, procuring and inciting certain conduct. For example, there is: paragraph 72(b) (provoking a person to challenge to a duel); paragraph 76(d) (counselling or procuring piratical acts); section 402 (assisting in types of cruelty to animals).

(3) Case-Law Decisions

In spite of the general provisions and the overlapping special provisions, the *Criminal Code* does not provide a comprehensive statement of the law on participation. It is necessary to look to the case-law to determine what conduct amounts to criminal aiding and abetting,⁴⁰ the requisite *mens rea* of abetting,⁴¹ and the effect of duress⁴² and abandonment.⁴³

B. Attempt

(1) General Sections

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 24, 421, 587:

24. (1) [Attempts] Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out his intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence.

(2) [Question of law] The question whether an act or omission by a person who has an intent to commit an offence is or is not mere preparation to commit the offence, and too remote to constitute an attempt to commit the offence, is a question of law.

421. [Attempts, accessories] Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of persons who attempt to commit or are accessories after the fact to the commission of offences, namely,

40. See *Dunlop and Sylvester v. R.* (1979), 8 C.R. (3d) 349 (S.C.C.); *R. v. Meston* (1975), 34 C.R.N.S. 323, 28 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.).

41. See *R. v. Curran* (1978), 38 C.C.C. (2d) 151 (Alta. C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused at 38 C.C.C. (2d) 151, footnote (S.C.C.); *R. v. Barr* (1975), 23 C.C.C. (2d) 116 (Ont. C.A.).

42. See *Paquette v. The Queen* (1976), 39 C.R.N.S. 257, 30 C.C.C. (2d) 417 (S.C.C.).

43. See *R. v. Miller and Cockriell* (1976), 38 C.R.N.S. 139, 31 C.C.C. (2d) 177 (S.C.C.).

(a) every one who attempts to commit or is an accessory after the fact to the commission of an indictable offence for which, upon conviction, an accused is liable to be sentenced to death or to imprisonment for life, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years;

(b) every one who attempts to commit or is an accessory after the fact to the commission of an indictable offence for which, upon conviction, an accused is liable to imprisonment for fourteen years or less, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term that is one-half of the longest term to which a person who is guilty of that offence is liable; and

(c) every one who attempts to commit or is an accessory after the fact to the commission of an offence punishable on summary conviction is guilty of an offence punishable on summary conviction.

587. [Full offence charged, attempt proved] Where the complete commission of an offence charged is not proved but the evidence establishes an attempt to commit the offence, the accused may be convicted of the attempt.

(2) Specific Provisions

In addition to the general provisions, there are several specific attempt provisions. For example: section 72 (attempted provocation of a duel); subsection 108(1) (attempted corruption by judicial officers); subsection 112(2) (attempted corruption of a municipal official); section 222 (attempted murder); section 127 (attempted obstruction of justice); and subsection 326(1) (attempted utterance of a forged document).

(3) Case-Law Decisions

The case-law has grappled with the question of *actus reus* for attempt using various differing tests, from the unequivocal test in *Olhauser*⁴⁴ to the *Cheeseman* test in *Quinton*⁴⁵ and the "last step" test in *Courtemanche and Bazinet*.⁴⁶ The question of *mens rea* was addressed in *Ancio*.⁴⁷ *Burgess*⁴⁸ discussed the meaning of impossibility.

44. *R. v. Olhauser* (1970), 11 C.R.N.S. 334 (Alta. C.A.). By this test one goes beyond preparation and gets to attempt when one's acts point unequivocally to one's criminal object.

45. *R. v. Quinton*, [1947] S.C.R. 234. The *Cheeseman* test originated in *R. v. Cheeseman* (1862), Le & Ca 140, and was espoused by Stephen in *supra*, note 36, Article 47. The test requires "an act ... forming part of a series of acts, which would constitute [the] actual commission [of a crime] if it were not interrupted."

46. *R. v. Courtemanche and Bazinet* (1970), 9 C.R.N.S. 165, [1970] 3 C.C.C. 139. This test holds that an accused is guilty of attempt when he has done all that it was necessary for him to do towards the completion of a crime.

47. *R. v. Ancio* (1984), 6 D.L.R. (4th) 577.

48. *R. v. Burgess* (1976), 33 C.C.C. (2d) 126 (B.C. C.A.).

C. Counselling

(1) General Section

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 422:

422. [Counselling, etc., offence which is not committed] Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of persons who counsel, procure or incite other persons to commit offences, namely,

(a) every one who counsels, procures or incites another person to commit an indictable offence is, if the offence is not committed, guilty of an indictable offence and is liable to the same punishment to which a person who attempts to commit that offence is liable; and

(b) every one who counsels, procures or incites another person to commit an offence punishable on summary conviction is, if the offence is not committed, guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) Specific Provisions

As is the case for participation, the *Code* contains numerous special sections imposing liability for incitement. To name a few, there is: section 76 (procuring piratical acts); section 81 (advising prize fights); and section 134 (procuring escape of a prisoner).⁴⁹

(3) Case-Law Decisions

The *Code* is not explicit as to the requisite *actus reus* and *mens rea* of the offence of counselling, procuring or inciting, nor as to the effect of abandonment, divergent offences and impossibility. The sparse case-law makes some effort to clarify these issues.⁵⁰

49. In all, there are more than twenty-five special incitement provisions in the *Code*.

50. See, for example, *R. v. McLeod* (1970), 12 C.R.N.S. 193, 1 C.C.C. (2d) 5 (B.C. C.A.) explaining the meaning of "counsel." See also *R. v. Walia* (No. 1) (1975), 9 C.R. (3d) 293 (B.C. C.A.); *R. v. Glubisz* (No. 2) (1979), 9 C.R. (3d) 300 (B.C. C.A.); and *Attorney-General's Reference* (No. 1 of 1975), [1975] 2 All E.R. 684 (C.A.) dealing with the meaning of the word "procure."

CHAPTER THREE

Shortcomings of Existing Law

In exploring the "yes but" side of the General Part, Working Paper 29, *The General Part — Liability and Defences*, argued that there is a threefold function to the General Part. This is (1) to organize the law by the provision of general rules and consequent avoidance of repetition; (2) to rationalize it by providing system, order and a resulting greater manageability; and (3) to illuminate it by uncovering its general thrust, direction and basic principles. In our view, this threefold function relates not only to the "yes but" side, but also to the "not only but also" aspect of the General Part: it concerns not only liability and defences, but also participation and inchoate offences.

A glance at the law set out above, however, suggests shortcomings as to each of these three functions. Clearly the law has not been sufficiently well organized to avoid repetition. Clearly too, there is a lack of system and order in the various provisions, which accordingly become open to a charge of unmanageability. Arguably also there is confusion as to thrust, direction and basic principle.

Mostly, these shortcomings relate more to form than to substance. The first relates to lack of generality, the second to poor arrangement and the third to want of comprehensiveness and to objectivism, vagueness and inconsistency.

I. Lack of Generality

The lack of sufficient generality in this whole area of law is shown by its excessive detail, repetitiveness and overlapping provisions. In participation, attempt and counselling, the general sections are supplemented by numerous specific sections dealing with participating in, attempting or counselling specific offences (for example, murder). These could possibly be supported by the need for aggravated penalties, but this need could be more straightforwardly satisfied by general sentencing provisions than by the creation of separate specific offences which may produce overlap and inconsistency with the general sections.

II. Poor Arrangement

Disorderly arrangement is manifest in two contexts. First, concerning attempt we find general provisions in two different places: the definition is provided in section 24 under the general heading, *Parties to Offences*, but the sanction is in a totally different Part of the *Code* in section 421. Second, with counselling we find the general provisions, namely sections 422 and 423, admittedly in one place, but this location only partially links this inchoate offence with the inchoate offence of attempt, and manifests no connection whatsoever between counselling a complete, and counselling an incomplete, offence.

III. Lack of Comprehensiveness

Want of comprehensiveness is evident from the various gaps and lacunae to be found in this area of law, some being left to common law and others being left out altogether. Some of them relate to serious matters; others to matters of comparative unimportance. However, taken together they prevent the provision of a complete picture.

Much of this want of comprehensiveness stems from drafting gaps and infelicities. Take for example the provisions on parties. In these, following common law tradition, the *Code* divides parties into committers, aiders, abettors, "common intent assisters" (subsection 21(2)) and counsellors. Nowhere, however, does it say one word as to the liability of a party. Throughout the *Code* it is only the committer of the offence who explicitly incurs criminal liability, while aiders and abettors do so only by implication.⁵¹ Likewise, nowhere does the *Code* say one word about what constitutes committing — not one word on commission through an innocent agent, and no general provision on joint perpetration (subsection 21(2) is surely a quite special case). A third example, section 22 on parties talks of counselling and procuring, while section 422, under inchoate offences, talks of counselling, procuring and inciting. Is it the law, as could be argued on the statutory interpretation principle *expressio unius est exclusio alterius*,⁵² that an incomplete offence may be instigated in a way in which a complete offence cannot?

Further want of comprehensiveness concerns the question of *actus reus*. Here admittedly, some of the problems arise because there are so many different things that can be done to aid, to attempt and so on. All the same, some things which could and

51. It is interesting to note that Canada's original *Code*, that is, *The Criminal Code, 1892*, stated in section 69 what was the effect of being a party to an offence: "Every one is a party to *and guilty of* an offence who" The emphasized words were deleted in the 1953-54 amendments, thus creating the existing uncertainty.

52. The express mention of one thing implies the exclusion of another. H. Broom, *A Selection of Legal Maxims*, 10th ed. (London: Sweet and Maxwell, 1973), p. 443.

surely should be spelled out in a comprehensive *Code* are passed over in silence. For instance, the words "does or omits to do anything for the purpose of aiding" (paragraph 21(1)(b))⁵³ and "does or omits to do anything for the purpose of carrying out" (section 24) are not self-explanatory, but must be read subject to general common law principles on criminal omissions. "Abet" — clearly not a term of ordinary usage — is nowhere defined. The sections on aiding and counselling are nowhere defined. They nowhere clarify whether it is necessary that the recipient in question be actually aided⁵⁴ or counselled.⁵⁵ The sections on attempt provide no help on the vexed question as to what makes acts so remote as only to qualify as mere preparation.⁵⁶

The same lack of comprehensiveness applies to *mens rea*. As to aiding, paragraph 21(1)(b) of the *Code* restricts it to the purpose of aiding, but courts have extended it to foresight that one's conduct would aid, for example, to recklessness.⁵⁷ As to abetting, nothing whatsoever is said regarding the mental element.⁵⁸ With counselling, it is unclear whether intent is necessary or whether recklessness suffices.⁵⁹ In the case of attempt, the *Code* has left *mens rea* open enough to allow with some crimes, for example, murder, two different interpretations of what is required: (1) an intent to cause the harm prohibited (*Ancio*, for example);⁶⁰ and (2) an intent to do an act seen as likely to cause the harm prohibited (for example, *Lajoie*).⁶¹

Next, there are problems as regards defences. One relates to general defences. For while at common law such defences apply equally to all parties, where such a defence has been replaced by a *Code* defence, as is the case with duress,⁶² it is unclear from

53. See *infra*, note 66.

54. Legal commentators are divided on the issue. Some consider the fact that the aid is useless to be irrelevant. See J. Fortin and L. Viau, *Traité de droit pénal général* (Montréal: Thémis, 1982), p. 354; D. R. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (Toronto: Carswell, 1982), p. 495. See on the other hand V. Gordon Rose, *Parties to an Offence* (Toronto: Carswell, 1982), p. 17; J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law*, 4th ed. (London: Butterworths, 1978), p. 116.

55. However, the courts have held that a person cannot be convicted as a party under section 22 if his incitement was unsuccessful: *R. v. Deutsch* (1983), 5 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.). It is unclear however, if, on a charge under section 22, it must be shown that an offence was committed in consequence of the incitement. See Rose, *supra*, note 54; *R. v. Soloway* (1975), 28 C.C.C. (2d) 212 (Alta. C.A.).

56. As a result, the courts have rarely relied on section 24 to answer the question. Instead they have relied on tests developed in our own and other jurisdictions. See *supra*, notes 44 to 46.

57. See, for example, *R. v. Halmo* (1941), 76 C.C.C. 116 (Ont. C.A.); *R. v. Kulbacki*, [1966] 1 C.C.C. 167 (Man. C.A.); *R. v. Farduto* (1912), 21 C.C.C. 144 (Qué. C.A.).

58. "Abet" appears to mean making a moral contribution to the commission of an offence — to instigate, promote or procure a crime. As such, the courts have required a mental element of intent. See, for example, *R. v. Curran* (1977), 38 C.C.C. (2d) 151 (Alta. C.A.); *R. v. Jupiter* (1983), 35 C.R. (3d) 286.

59. The courts have been left to grapple with the issue. See, for example, *R. v. Kyling*, [1970] S.C.R. 953; *R. v. McLeod*, *supra*, note 50; *David v. R.* (1979), 9 C.R. (3d) 189 (Qué. C.A.); *R. v. Gonzalez* (1983), 9 W.C.B. 344 (Ont. C.A.).

60. *Supra*, note 47.

61. *Lajoie v. R.* (1973), 10 C.C.C. (2d) 313 (S.C.C.). See *infra* for an analysis of this decision.

62. The availability of the defence of duress to a charge under subsection 21(1) is uncertain. The Supreme Court of Canada in *Paquette v. The Queen*, *supra*, note 42, seemed to approve the English decision, *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653 (H.L.) where an accused charged with aiding and abetting was allowed to rely on a defence of duress.

the *Code* itself whether it is the *Code* or common law defence that applies to parties other than committers. Another problem relates to possible special defences such as abandonment and impossibility, on which nothing is said under the rubric of parties or counselling.⁶³ Even under attempt, which purportedly excludes impossibility as a defence, questions still remain. Would acts done for the purpose of committing an impossible offence not fall under subsection 24(2), and so be too remote to be an attempt?⁶⁴ What about acts done for the purpose of committing things that are not crimes but are only mistaken for such by the defendant?

IV. Objectivism, Vagueness and Inconsistency

Finally, objections can be levelled against present law on the grounds of objectivism, vagueness and inconsistency. Objectivism appears in subsection 21(2) on parties, which provides that:

Where two or more people form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or *ought to have known* that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence. [Emphasis added]

This provision runs counter to the general doctrine of *mens rea* as excluding negligence.⁶⁵ Vagueness and possible overcriminalization are evident in the failure to define what is the minimum act necessary for aiding, abetting and counselling, which could

63. Further, not much has been said on these defences in case-law. For example, it appears that in the area of attempt the closest the Supreme Court of Canada has come to addressing the issue is in *R. v. Carey*, [1957] S.C.R. 266, where the court seems implicitly to recognize a defence of abandonment. However, as the majority found that in this instance there was no evidence of abandonment, their words on the validity of such a defence are *obiter dictum*.

64. Another question is whether courts will include legal impossibility within section 24 — that is, rule it out also as a defence. As far as we are aware, no court in Canada has had to address this problem. Many legal writers, however, believe the courts would, despite subsection 24(1), follow the common law tradition which bars conviction for legally impossible attempts. See, for example, A. D. Gold, "To Dream the Impossible Dream: A Problem in Criminal Attempts (and Conspiracy) Revisited" (1979), 21 C.L.Q. 218; and G. Williams, "Attempting the Impossible — A Reply" (1979), 22 C.L.Q. 49.

65. The seriousness of this departure from the fault principle is nowhere more apparent than in cases involving constructive murder under sections 213 and 214. See, for example, *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; *R. v. Riezbois* (1975), 26 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.); *R. v. McLean* (1976), 31 C.C.C. (2d) 140 (Ont. C.A.); *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415 (Alta. C.A.); Stuart, *supra*, note 54, p. 502.

almost cover anything other than mere presence at the scene of the crime.⁶⁶ Inconsistency is notable in two respects: (1) parties are liable to the same penalty as committers, but attempters and so forth are liable to varying penalties — to the full penalty in the case of summary offences, to half the penalty in the case of most indictable offences, but to fourteen years' imprisonment in the case of murder; and (2) while committing and accessory before the fact have their inchoate counterparts in attempt and counselling, aiding and abetting have no such counterparts — a lack of symmetry of which Macaulay and Wright would clearly be aware.⁶⁷

66. Under both paragraphs 21(1)(b) and (c), any type of conduct, including mere words or gestures, may suffice if it encourages the perpetrator in the commission of the offence. See *Dunlop and Sylvester v. R.*, *supra*, note 40, pp. 353-4.

In order to be criminally liable for aiding and abetting, the accused must normally do something, but where he has the power to control the perpetrator and is present during the commission of the crime, it has even been held that mere acquiescence may suffice. See *National Coal Board v. Gamble*, [1959] 1 Q.B. 11, p. 25, approved in *Tuck v. Robson*, [1970] 1 W.L.R. 741. This principle has been extended in the case of driving offences to the point where the ability to control the perpetrator may be inferred from the mere fact of ownership of the vehicle. See *R. v. Haimo* and *R. v. Kulbacki*, *supra*, note 57. Mere presence at the scene of the crime may be evidence of aiding and abetting if accompanied by other factors. See, for example, *R. v. Black* (1970), 10 C.R.N.S. 17 (B.C. C.A.); *Re A.C.S.* (1969), 7 C.R.N.S. 42 (Qué. S.C.). However, there is no consistency in the case-law. See, for example, *R. v. Salajko* (1970), 9 C.R.N.S. 145 (Ont. C.A.); *R. v. Clow* (1975), 25 C.C.C. (2d) 97 (P.E.I. S.C.); *R. v. Cruise* (1970), 9 C.R.N.S. 225 (Man. Prov. Ct.).

67. See *supra*, notes 31 and 32.

CHAPTER FOUR

A New Approach

Arguably, then, our law on secondary liability is in general sound, but subject to shortcomings. To remedy these, a new Code should do four things. It should include all the relevant rules in one comprehensive chapter on secondary liability. It should ensure that the rules are consistent, free from self-contradiction, and based on coherent principles. It should cater to the need for restraint and avoid criminalizing acts which are essentially innocent and legitimate. And it should do all this in clear, straightforward provisions readily understood and easily manageable.

Comprehensiveness could be achieved by three improvements: (1) by locating all the rules in one place in the General Part and jettisoning reliance on specific provisions and on common law; (2) by spelling out rather than leaving to implication the liability of *all* persons involved in crime (not just committers); and (3) by clarifying that it is possible to be involved in crime in three ways — by oneself, jointly with another, and through an innocent agent.

Consistency could be increased by three new measures: (1) by showing in the relevant chapter of the General Part how participation and inchoate offences both relate to the furtherance of crime; (2) by restricting criminal liability for secondary offences to attempts and so forth to commit criminal (that is, not regulatory or provincial) offences; and (3) by rationalizing the penalties for secondary offenders.

Overcriminalization could be avoided by clarifying as far as possible and keeping within appropriate bounds the *actus reus* and *mens rea* required for secondary liability.

I. Suggested Scheme of Secondary Liability

In looking at the matter of commission, participation and inchoate offences, we can see two distinctions. One is that between persons involved in a completed and those involved in an uncompleted crime, that is, the distinction between choate and inchoate offences. The other is that between persons who commit specific crimes and those who do other acts intended in furtherance of such crimes, that is, the distinction between primary and secondary liability.

Now, a new scheme could adopt either of these distinctions as its starting-point. It could, for instance, begin by setting out that there are two ways of incurring criminal liability: by committing a crime, and by doing an act in the furtherance of a crime. It could then clarify that a crime can be committed or furthered severally, jointly or through an innocent agent. Finally, it could specify that a crime can be furthered either before or at the time the crime is committed, and either at, or away from, the scene of the crime.

Such a scheme would replace participation and inchoate offences by one offence — doing an act in furtherance of a crime. Its attraction would lie in revealing a basic unity, obscured by present law which looks on liability of parties as derivative but that of inchoate offenders as primary, in holding offenders liable for what they do themselves instead of (as with parties) for what someone else has done, and in rightly treating the eventual commission or noncommission of the crime in question by the primary offender as quite fortuitous from the standpoint of those who do an act in furtherance.

This last aspect makes perfect sense from the standpoint of logic. First, morally an accomplice may be as blameworthy as a committer, and an unsuccessful attempter as blameworthy as a successful one — the outcome is pure chance from his standpoint. Second, on occasion an accomplice, rather than the committer, may be the ringleader. Third, one who furthers a crime can be as dangerous as a committer — an unsuccessful attempter's lack of competence may be counterbalanced by his possible desire to have another try.

The life of the law, however, has not been logic but experience. Intuitively, albeit perhaps illogically, a committer seems worse than an accomplice or a mere attempter. Besides, we tend to measure punishment not only by reference to the harm intended, but also by reference to the harm resulting. Attempted murder, for example, seems naturally to merit a lesser penalty than murder. Finally, a lesser penalty for incomplete crimes could provide incentive to desist.

For these reasons, we think the new scheme, although using the unifying concept of furthering, should retain the traditional distinction between choate and inchoate offences. First, therefore, it should provide two parallel categorizations. To begin with, those liable in respect of completed crimes should be divided into:

- (1) perpetrators;
- (2) helpers; and
- (3) inciters.

Next, those liable in respect of incomplete crimes should be similarly divided into:

- (1) inchoate perpetrators (attempters);
- (2) inchoate helpers (where the person helped does not commit the crime); and
- (3) inchoate inciters (where the person incited does not commit the crime).

Second, it should, as would the alternative scheme, set out the three ways of perpetrating. One can perpetrate on one's own — one can do the act by oneself. One can perpetrate through an innocent agent — one can get another who lacks culpability to do the act. One can perpetrate jointly with others — one can do the act together with them. Moreover, this applies both to complete and incomplete offences.

Now, joint perpetration needs to be distinguished carefully from helping. Joint perpetration involves sharing the crime — one person does one part of it, another does another. Perhaps, as Glanville Williams pointed out, their contributions are indistinguishable: "If two ruffians belabour a man about the head and he dies as a result of the combined blows, both are perpetrators of murder."⁶⁸ Perhaps the crime involves two elements and each perpetrator commits one of them: "In robbery, which involves the two elements of theft and fraud, one person may steal while his companion makes the threat of force, and the two are co-perpetrators."⁶⁹ By contrast, a mere helper does no part of the criminal act itself: "Suppose Dirk stabs a man while his companion Dastard pinions the man's arms so as to prevent him from defending himself ... Dastard is [only] an accessory."⁷⁰

Finally, the new scheme should rationalize the penalties. First, for reasons given earlier, penalties for incomplete crimes should be less than for complete crimes. We would suggest a half-penalty, as under present law. Second, penalties for all types of involvement in incomplete crimes should be the same. Thirdly, penalties for all types of involvement in complete crimes should be the same; the helper and inciter should be liable to the same sanction as the perpetrator, for sometimes they may be equally or even more culpable.

At the same time, however, the new scheme should still employ the unifying concept of furtherance. In each case of involvement other than perpetration of a complete offence, it should define the involvement as a substantial act intended to further the specific crime in question either by attempting, helping or inciting it. *Mens rea* would comprise an intent to further, and *actus reus* a substantial act in furtherance. In each case, the trier of fact would be confronted with the self-same question: Was there a substantial act in furtherance and intended to further?

Conspicuous in the new scheme would be a new addition to inchoate liability: inchoate helping. In present law, a helper, unlike an inciter, is criminally liable only if the crime in question is committed. Under the new scheme, he would be liable regardless of its commission.

This is surely as it should be. Present law contains a peculiar gap. A person is criminally liable if he embarks on a crime whether he completes it or not. He is liable

68. G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. (London: Stevens, 1983), p. 330.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

if he incites another to commit a crime whether the other commits it or not. However, he is not liable if he aids another to commit a crime unless that other commits the crime.

Why should this be so? Should we make a distinction between furthering a crime that is or is not committed? It might be argued that assisting where no crime is committed is too trivial and too remote for sanctions. On the other hand, a person who does act intending to further a crime by assisting or inciting another to commit the crime, is no more dangerous and blameworthy if the crime furthered is committed than if it is not. Surely, it is the furtherer's own conduct that is inherently wrongful by being meant to further criminal activity. Its criminality should not depend on the commission of the principal offence.

Finally, the rule in present subsection 21(2) would disappear. Whether a person who forms a common intent with another to commit a crime should be criminally liable for such agreement is one thing to be considered later. Whether he should be deemed a party to a crime committed by the other in carrying out the common purpose is quite another matter. One objection to the present rule is that it treats him as a party to a crime which he *ought* to have known was a probable consequence of carrying out that purpose, whereas, in principle, criminal liability should be restricted generally to intent or recklessness. Another objection is that subsection 21(2) treats as a party to a crime a person who has himself done no substantial act in furtherance of it (one who merely agrees to do it), like a person who decides himself to do it, makes no actual contribution to its commission. For these reasons, we feel the rule in subsection 21(2) should disappear and have no counterpart in a new Code.

One of the most important objects of the new scheme is to articulate the mental and physical elements required for secondary liability. Traditionally, discussion starts with *actus reus* since in commission of a complete crime this is what causes concern (some act like wounding, whose obvious harmfulness manifests criminality). Only afterwards does the discussion proceed to consider *mens rea*, an element often inferred — one does not usually wound without intending to. On secondary liability, our discussion takes the opposite course because an act may often be innocent on its face and only cause concern because of the intent discovered from some other evidence. So, whereas in commission of complete crimes *actus reus* may point to *mens rea*, in secondary liability *mens rea* is often in search of an *actus reus*. For this reason we begin with *mens rea*.

II. *Mens Rea*

A. Principles

What should be the required mental element in secondary liability? Now, liability for doing something in furtherance of a criminal offence is similar to that for murder, arson and vandalism. Doing an act in furtherance is like a result-crime.

Such crimes, it will be recalled, admit of several different kinds of *mens rea*.⁷¹ They can be committed with intent — the killer means to kill. They can be committed without direct intent but knowingly or with "oblique" intent — the saboteur does not want to kill the aircraft passengers but accepts their deaths as necessary to his actual purpose of destroying the airplane. They can be committed recklessly — a person continues shooting at the target knowing he may well hit the person standing next to it. Finally, they can be committed negligently — the offender does not realize the risk, but should have.

(1) Intent

Which of these four kinds of *mens rea* would be appropriate for secondary liability? Clearly intent is in order: if crimes are attacks on basic values such as the sanctity of life, then acts done with intent to further them are surely attacks in their own right as well. The same holds true of knowledge or oblique intent: attacks on basic values mounted only as essential means to, or inevitable side-effects of, some other actual goal are nonetheless attacks.

(2) Negligence

Negligence, however, is inappropriate. Here, the agent furthering the offence neither intends to further it nor knows that he is likely to do so. His fault is carelessness: he *ought* to have realized that his conduct would increase the likelihood of the offence occurring. Such carelessness is in itself neither an attack on, nor a challenge to, basic values and does not therefore merit criminal sanction. This is in line with our criminal law tradition which admits negligence as a ground of liability only in exceptional situations.

(3) Recklessness

What about the intermediate case of recklessness? Should someone be criminally liable if he does an act that furthers an offence, and does so knowing that it well may do so (not knowing that it certainly will, as is the case with oblique intent discussed above)? D tries to stupefy X, knowing that this may well kill him, says things to Y which he knows may well inflame him into killing X, or lends Z his car knowing that he may well use it to go and kill X. Should D be criminally liable for furthering homicide if X is not killed? Should he be liable for furthering it if X is killed? Should he be liable by virtue of his recklessness?

To answer these questions, let us recall the definition of "reckless." A vague and relatively imprecise word in ordinary language, it is often used synonymously with "very careless." Less vague in criminal law tradition, it signifies "knowingly incurring a serious unjustifiable risk."⁷²

71. See Law Reform Commission of Canada, *Homicide*, [Working Paper 33] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984), pp. 39-47.

72. See, for example, *R. v. Caldwell*, [1981] 1 All E.R. 961; *R. v. Lawrence*, [1981] 1 All E.R. 974.

Here the key word is "unjustifiable." How can we tell whether the risk incurred is justifiable or not? The civil law of negligence suggests a trio of factors: the gravity of the harm risked, the magnitude of the risk, and the burden on the agent of behaving otherwise. How far should he be precluded from doing acts which are of themselves legitimate and which may well have considerable social utility?⁷³

In cases of secondary liability, a person furthering a crime does an act which he knows may make that crime more likely to occur. Reasoning from analogy with civil negligence, we could argue that the more serious the crime and the greater the likelihood of its commission, the more justification for imposing criminal liability on him who furthers it.

There is, however, another consideration. In ordinary result-crimes, the link between the act and the resulting harm is one of a directly causal nature. In furthering, for example, by aiding or counselling another to commit a crime (not, be it noted, by attempting), the causal link is indirect — it operates through a free human agent. Clearly the more responsible that agent, the less responsible the original furtherer.⁷⁴

Yet another factor to be considered is the burden on the original actor. How far can he be justifiably required to stop what he is doing whenever he sees it may lead another to commit a crime? In the examples given earlier, is D no longer to be free to speak his mind to Y or lend his car to Z just because of what these two may do? What if the words are true? Must truth be muzzled? What if his business is car-hire? Must he forego his trade?

All this suggests that in a furthering offence *mens rea* should be restricted to intent (direct or indirect). Criminal liability should only apply to acts intended to further crimes or known as certain to do so. It should not be incurred for acts which are merely very likely to do so.

Would this be too restrictive? Suppose D lends X his gun knowing that X will probably use it to murder Y. Should D not be liable for such recklessness? Surely, the graver the probable offence, the more reprehensible the act of helping.

To this there can be various answers. First, the graver the probable offence, the smaller the likelihood that assistance will be given without intent to see the crime committed — people do not usually lend guns to known potential killers without intending them to use them.

Second, restricting secondary liability in respect of what others may do to cases of intent is in line with the common law approach to such "causation" cases. Consider *Beatty v. Gillbanks*,⁷⁵ where members of the Salvation Army marching through a street

73. See, for example, A. Linden, *Canadian Negligence Law* (Toronto: Butterworths, 1972); Sir J.W. Salmond, *Law of Torts* (London: Sweet and Maxwell, 1977).

74. See H. Hart and A. Honoré, *Causation in the Law* (1959, reprinted Oxford: Clarendon Press, 1967), p. 336 ff. for a good discussion of this whole issue.

75. *Beatty v. Gillbanks* (1882), 9 Q.B.D. 308.

where they knew they would be riotously opposed by thugs known as the "Skeleton Army" were held not guilty of unlawful assembly because a perfectly lawful act does not become criminal just because it may cause others to do unlawful acts. Contrast *Wise v. Dunning*⁷⁶ where a lecturer who held public meetings at which he used language and gestures highly insulting to the faith of many of the local inhabitants, leading them to commit breaches of the peace, was bound over to keep the peace and be of good behaviour. He was, suggest Smith and Hogan,⁷⁷ responsible because he had inflamed his audience, whereas the Skeleton Army had inflamed themselves. The former were no longer acting as free agents; the latter were.

Third, there is the ordinary meaning of words such as "attempting," "counselling" and "inciting." Such words imply an intent that the crime attempted and so forth be committed. One who attempts to do something must aim at it, therefore to do it has to be his purpose. One who incites another to do it must urge him on purpose, the purpose being to get him to do it.

Law, of course, can use words in a special sense. For reasons of convenience it may restrict the vague meaning of a word in popular usage. "Night," for example, has been defined by common law and subsequently by *Criminal Code* section 2 as "the period between nine o'clock in the afternoon and six o'clock in the forenoon of the following day."

With "incitement" and so forth, this has not happened. In law, as well as outside the law, incitement involves an intention by the inciter to get the "incitee" to commit the offence incited. Attempt involves intent by the attempter to complete the crime.⁷⁸

B. Divergent Offences

Suppose D counsels or helps X to commit a crime. He intends X to commit crime A but X commits crime B. Should D be criminally liable for furthering crime B?

Sometimes he clearly should. Suppose X asks D to lend him his gun to shoot at V and wound him, D lends X the gun and X, as he intended all along, shoots V dead. Here "I only lent him the gun to wound V" sounds a poor defence. Surely D should be responsible for homicide, if not for murder.

Sometimes the opposite is true. Suppose X asks D to lend him his gun so that he can plant it on V and then allege that V had stolen it. D lends the gun to X, and X then kills V with it. Here "I only lent him the gun to help him frame V" sounds a reasonable defence to homicide.

76. *Wise v. Dunning*, [1902] 1 K.B. 167, [1900-3] All E.R. 727.

77. *Supra*, note 54, p. 754.

78. See *R. v. Whybrow* (1951), 35 G. App. R. 141; *Ancio*, *supra*, note 47.

The relevant principle is surely this. Where one person encourages or helps another to do some harm, but that other person does some different harm, the former should not in general be responsible for that different harm. Exceptionally, however, where the difference relates only to the identity of the victim or to the degree of harm, then this principle should not apply. So, if D lends X his gun to kill Y, but X kills Z, D should be liable for assisting — he means to help X commit a murder. If he lends X the gun to wound Y seriously but the wound proves fatal, D should again be liable — no one can be sure such wounds will not prove serious enough to kill. If D lends X the gun to use as a threat in a bank robbery and in using it X kills a bank employee, D's liability or lack of it for helping murder should depend on whether the difference between the intended use of the gun (to threaten) and the actual use (to kill) is seen as a difference in degree or a difference in kind — a matter, in our view, best decided in each case by the trier of fact on all the evidence.

C. Impossibility

Suppose D attempts, urges E, or helps F, to commit crime X, and crime X turns out to be impossible. Should D be liable for furthering crime X?

Traditionally, impossibility is discussed under attempt, and for simplicity that will be done here too. However, the argument applies equally to any kind of furthering, for example, urging, encouraging or helping.

To begin with, there are different kinds of impossibility. Crime X may be impossible, in fact, in two ways. It may be impossible in the circumstances — there is no money in the pocket for the pickpocket to steal. It may be impossible in general — there is no way, we believe, of killing by voodoo. Alternatively, crime X may be impossible in law in two ways. It may be impossible in the circumstances — the goods cannot be stolen because, unknown to D, they are his own. It may be impossible given the state of the law — the "crime" intended, for example, suicide, is no longer an offence.

(1) Impossibility in Fact

On impossibility in fact, common law principle suggests the following solutions.⁷⁹ Where the impossibility results from some unknown circumstance, liability should be unaffected — the absence of money in V's pocket does nothing to reduce the culpability or dangerousness of the pickpocket. However, where the impossibility is inherent in the nature of things, there should be no criminal liability — trying to kill by voodoo, although no less reprehensible than an attempt using more appropriate methods, is itself relatively harmless — the would-be killer is never "on the job."⁸⁰

79. See *R. v. Smith (Roger)* (C.A.), [1975] A.C. 476 (H. of L.).

80. This phrase was used by the judge in *R. v. Osborn* (1920), 84 J.P. 63, where the accused was acquitted of attempted abortion because, despite his intention, his act of prescribing an innocuous substance to procure the abortion was "not on the job," and "not on the thing itself."

Accordingly, the first case presents no problem. Where D tries to steal from V's empty pocket, the theft is only impossible by accident. In general, pockets have money in them, so pickpockets cause apprehension even when in fact there is none there. D's act is one that normally results in loss of property. Ordinarily, we would not hesitate to say he tried to steal. Nothing in logic or policy prevents us from saying the same in criminal law.⁸¹

The second case is hardly less straightforward. Killing by voodoo is generally regarded as impossible. Using voodoo, therefore, which the user wrongly thinks can kill, is not seen as apt to bring about the harm intended. By contrast, trying to kill with a gun, wrongly believed to be loaded, is manifestly dangerous and apt in general to produce the harm intended. In cases of inherent impossibility in fact, then, we should hesitate to impose liability for furthering.⁸²

(2) Impossibility in Law

First, there can be legal impossibility in the circumstances. When D tries to "steal" his own property, why should he not be liable for attempted theft? Like the unsuccessful pickpocket, he has wrongful intent and does an act towards it. On the other hand, the pickpocket intends to commit a specific offence, while the "self-stealer" only intends wrong in the abstract (to steal). The former's act can, if successful, be a theft; the latter's can be no crime at all. True, he could be blamed for being prepared to take the property, no matter whose it is, and break the law in general but this is not, as the law now stands, a criminal offence. Unless our whole approach to criminal law changes, he cannot incur liability.

Finally, there is inherent legal impossibility. Our law only penalizes conduct in fact prohibited by statute, it does not penalize conduct erroneously believed to be prohibited any more than it excuses conduct erroneously thought not to be prohibited. The law is made, not by the citizen, but by the lawmaker, and ignorance of the law is neither a defence nor an offence; it neither exculpates unlawfulness nor inculcates lawfulness. A person who tries to commit suicide, for instance, wrongly thinking it to be a crime, should not be guilty of attempt, for what he does is not specifically unlawful and there is no blanket offence of "attempting to break the law in general."

As to impossibility then, the new scheme takes the following approach. No criminal liability should attach for furthering a crime inherently impossible to commit by the means adopted. No liability should attach to furthering an act not qualifying for whatever reason as a crime in law. Otherwise criminal liability for furthering should in no way be affected by the impossibility of the crime furthered.

81. Nor does the current criminal law. See, for example, *Detering v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 583; *R. v. Scott*, [1964] 2 C.C.C. 257 (Alta. C.A.).

82. As the courts now do. See *Osborn*, *supra*, note 80.

D. Abandonment

Suppose D tries to commit crime X but abandons the attempt. Suppose he urges E to commit it but then gives up his urgings. Or suppose he starts helping F commit it but then stops helping. Assuming the abandonment is due to a real change of heart and not, for example, to seeing a police officer approach, and assuming that the furthering is not already complete, and is not merely a failed attempt, should D be fully liable?

To this question different answers have been given. Abandonment is allowed as a defence by some codes such as those of France⁸³ and Germany,⁸⁴ and is recommended by the *Model Penal Code* as "renunciation of criminal purpose."⁸⁵ It is rejected in most common law jurisdictions, for example, in England,⁸⁶ Australia⁸⁷ and apparently, despite *Criminal Code* silence on the matter, in Canada.⁸⁸

83. *The French Penal Code* of 1810, as amended, 1959, Article 2, in *The American Series of Foreign Penal Codes* (London: Sweet and Maxwell, 1960), vol. 1, p. 15.

Every attempt to commit a felony manifested by commencement of execution is considered like the completed felony, unless the attempt has been terminated, or has fallen short of success only because of circumstances independent of the perpetrator's will.

84. *The German Penal Code of 1871*, as amended to 1961 in *The American Series of Foreign Penal Codes* (London: Sweet and Maxwell, 1961), vol. 4, pp. 37-8.

Section 46. *Withdrawal, Active Regret*

The attempt as such remains free from punishment if the perpetrator

1. has abandoned the completion of the intended act, not having been prevented from such completion by circumstances independent of his will, or

2. by his own activity has averted the occurrence of the effect necessary for the completion of the felony or gross misdemeanor, at a time when his act had not yet been discovered.

The defence was retained in *The German Draft Penal Code E 1962*, s. 28, *The American Series of Foreign Penal Codes* (London: Sweet and Maxwell, 1966), vol. 11, p. 33, and was endorsed by the writers of the *Alternative Draft of a Penal Code for the Federal Republic of Germany*, s. 26, *The American Series of Foreign Penal Codes* (London: Sweet and Maxwell, 1977), vol. 21, p. 24.

85. *Model Penal Code* (10 U.L.A.), s. 5.01(4), pp. 499-500:

When the actor's conduct would otherwise constitute an attempt under subsection (1)(b) or (1)(c) of this Section, it is an affirmative defense that he abandoned his effort to commit the crime or otherwise prevented its commission, under circumstances manifesting a complete and voluntary renunciation of his criminal purpose. The establishment of such defense does not, however, affect the liability of an accomplice who did not join in such abandonment or prevention.

Within the meaning of this Article, renunciation of criminal purpose is not voluntary if it is motivated, in whole or in part, by circumstances, not present or apparent at the inception of the actor's course of conduct, which increase the probability of detection or apprehension or which make more difficult the accomplishment of the criminal purpose. Renunciation is not complete if it is motivated by a decision to postpone the criminal conduct until a more advantageous time or to transfer the criminal effort to another but similar objective or victim.

86. See the English Law Commission, *Criminal Law: Attempt, and Impossibility in Relation to Attempt, Conspiracy and Incitement*, Law Com. No. 102 (London: HMSO, 1980), p. 68.

87. See E. Meehan, *The Law of Criminal Attempt* (Toronto: Carswell, 1984), pp. 219-20.

88. See *R. v. Goodman* (1873), 22 U.C.C.P. 338; *R. v. Rump* (1929), 51 C.C.C. 236 (B.C. C.A.); *R. v. Kosh* (1964), 44 C.R. 185 (Sask. C.A.).

The first view can be supported on three grounds. A person who abandons a crime is less to blame than one who persists in it, and stands less in need of stigma.⁸⁹ He is less dangerous to society and calls less for police intervention. Moreover, he may be induced by legal recognition of abandonment to withdraw from the enterprise — he will not feel he might as well be hanged for stealing a sheep as for only half-heartedly trying to steal it.

To this there are three counter-arguments. Admittedly less culpable than a persister, an abandoner is still more to blame than a total nonstarter — he cannot rewrite history and erase his wrong behaviour. Admittedly less dangerous too, if he really repented, he may still cause more concern than if he never started. And incentives to abandonment can well be provided flexibly in the process of sentencing.⁹⁰

In our view, therefore, abandonment should go to mitigation of sentence. This approach would avoid the illogicality of acquittal where there is both *actus reus* and *mens rea* of furthering. At the same time, it would allow abandonment to be taken into account.

E. No Offence by the Prime "Offender"

Suppose D helps or encourages E to commit crime X, E commits X, but E is acquitted on account of some valid defence. To what extent should D be liable on account of furthering crime X?

On this, our present law is less than wholly clear. *Criminal Code* section 21 provides that aiders and abettors are only parties to crimes committed by primary offenders. Whether an offence committed by a primary offender with a valid defence qualifies for this purpose as "committed" is uncertain.⁹¹ Under the new scheme, the problem would be dealt with as follows. Where the defence is a justification making the "offender's" act quite lawful, there would be no liability for any act in furtherance of that lawful act. Where the defence is an excuse making the "offender" excusable but leaving

89. As G. Williams argues in *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. (London: Stevens, 1961), p. 620: [W]here the accused has changed his mind, it would be only just to interpret his previous intention where possible as only half-formed or provisional, and hold it to be insufficient *mens rea*. Where this is not possible, a reduction of punishment would be justified as an incentive to other offenders to repent in time.

90. Furthermore, Fletcher, who embarks on an extensive analysis of the defence of abandonment, rejects the argument that the promise of immunity encourages attempters to desist from their wrongdoing and cites the experience in West Germany, where there is a defence of abandonment, to establish that the argument is naive. G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston: Little, Brown and Co., 1978), pp. 187-8.

91. See *R. v. Cogan; R. v. Leak*, [1976] Q.B. 217. But see *R. v. Else; R. v. Kemp*, [1964] 2 Q.B. 341; Williams, *supra*, note 68, p. 321.

the act unlawful, there would be full liability for any act in furtherance — anyone helping or inciting would be liable for helping or inciting the complete offence. Where the defence is an exemption (for example, immaturity) or a negation of *actus reus* (for example, automatism) or *mens rea* (for example, mistake of fact), but the person doing the act in furtherance does not labour under that exempting or negating factor (for example, he is of age, is acting voluntarily and is aware of all the circumstances), the latter would be liable for helping or inciting an incomplete offence and would be therefore liable to half the penalty for the specific offence — a compromise position which avoids holding him liable for an offence which is not actually committed and allowing him complete acquittal when in fact he tried to further a specific crime.

F. Conclusion

Accordingly, the following are the principles which, in our view, govern the mental element in secondary liability.

- (1) No one should be liable for furthering an offence without intending that the offence be committed.
- (2) Where the offence committed differs from that intended, there should be no liability unless the difference relates only to the identity of the victim or the degree of harm.
- (3) There should be no liability for furthering crimes inherently impossible to commit or acts not qualifying in law as criminal.
- (4) There should be no negation of liability but rather mitigation of sentence on account of abandonment.
- (5) Liability for furthering should be affected by the primary offender's liability as follows:
 - (a) where the primary offender commits no offence because he has a justification, there should be no secondary liability;
 - (b) where he commits an offence but has an excuse, there should be full secondary liability for furthering a complete offence;
 - (c) where he commits no offence by reason of an exemption or lack of the requisite mental or physical element, there should be secondary liability for furthering an incomplete offence.

III. *Actus Reus*

A. Principles

Given an intent to further an offence, what must a person do to incur liability for furthering? What should be the *actus reus* of furthering by inducing, assisting and attempting?

This is particularly problematic with secondary liability. While the *actus reus* of specific offences can be spelled out precisely in Special Part provisions, that of attempting and so forth can only be expressed generally. What counts as committing a full offence is easier to define than what counts as furthering it.

One reason for this is that primary liability attaches normally to acts that are actually harmful, and secondary liability to acts that are only potentially or contributorily harmful. Full crimes usually produce consequences — death, injury, property loss or damage. Furthering merely tends to their production — it makes such consequences more likely. However, whereas it is usually clear whether such consequences result, it may be less clear whether an alleged act of assistance, inducement or attempt was really done in furtherance of them.

Another part of the problem stems from the common law's compartmentalizing the matter into specific topics such as attempting, counselling, aiding and so on, and then coping with borderline cases by further refining the terms "attempt, counsel, aid." However, borderline cases raise problems, not of meaning but of application. We know the meaning of "trying," "helping," and so forth, as well as that of any other words used to explain them. What we do not know is how to apply "helping" or "trying" and so forth to marginal cases. Is mere presence assistance? When does attempt begin and preparation end? These are judgment calls for triers of fact.

In our view, therefore, one should approach the problem of *actus reus* in this connection by resort to general principles. Essentially, there can be no liability for mere intention. There must be some act done accompanying that intention — some act of attempting, inducing or helping. Subject to qualifications discussed in our forthcoming Working Paper on omissions, negligence and endangering offences, doing nothing cannot incur liability — and this holds true in secondary as well as primary liability.⁹²

Given that secondary liability, like other criminal liability, requires some physical element, what should be the minimum required? Guidance can be sought from the law on attempt. One of two possible approaches here is the objective approach.⁹³ This sees

92. There are basically three qualifications: (1) where "not-doing" is made a specific crime; (2) where duties arise out of certain relationships; and (3) where omitting to do something can equally well be described as a way of doing something.

93. See *R. v. Robinson*, [1915] 2 K.B. 342 (C.C.A.) for an example of the objective approach at work.

criminal attempts as conduct in itself so dangerous as to call for sanction. It holds that the *actus reus* of attempt should consist of a definite, independent act manifesting the attempter's criminal intent, which by itself cannot turn an otherwise innocent act into a criminal attempt. Generalizing, we could argue as to furthering that there must be independent acts of furtherance dangerous in themselves and manifesting criminal intent.

The other, namely, the subjective approach, concentrates on the doer rather than the deed.⁹⁴ It sees attempts as acts done with criminal intent by clearly dangerous persons who therefore merit sanction. The danger here is manifested rather by the person's starting to pursue his goal than by the actual steps he takes in pursuit. His criminal intent converts into a criminal act his otherwise innocent conduct. Generalizing again, we could argue that any act, no matter how remote, trivial or innocent, would be turned into an act of furtherance by an intent to further a crime.

On the other hand, the criminal law should be used with restraint and only for serious wrongdoing. The offence of furthering, then, should not extend to trivial acts innocent in nature and likely to be done in any event. For instance, a professional bank robber will start his criminal day by getting up and getting dressed, but this should surely not be taken as an act in furtherance of the morning's robbery. Likewise, an arsonist will have to provide himself with matches, but the mere purchase of a box of matches should hardly qualify as furthering arson. Getting up, getting dressed and buying matches are things we do in any event, regardless of our criminal intent or lack of it. To count them as acts of furtherance would be, in effect, to penalize mere guilty intent.

Accordingly, the *actus reus* of furthering should comprise conduct in clear and substantial furtherance of a crime. This is not easily translated into legislation with precision because we cannot pinpoint clearness and substantiality simply by definition. Much will depend on the circumstances, calling for judgment by the trier of fact. All criminal law can do is flag that more is required than simply *any* act. There must be a *substantial* act intended to further the crime in question. The law can do no better than provide a general definition such as that of the present *Criminal Code*.

Could the law go further and lay down guidelines in the form of badges of substantial furtherance? This is the approach taken by the *Model Penal Code* as to attempt. Yet criminal offences are so many and so varied as to render illusory a quest for badges apt to cover all the cases without resort to meaningless generality or undue complexity.

Would not the requirement of a substantial act of furthering detract from the preventive role of the new offence? To prevent harm, should the police not intervene as early as possible rather than waiting for a substantial act? Yes, but police intervention in this context need not be predicated on commission of an offence of furthering any more than it is in the context of preventive arrest. The two things are entirely separate.

94. See *R. v. Godfrey*, [1974] 4 W.W.R., 18 C.C.C. (2d) 90 (Alta. S.C.) for an example of the subjective approach.

Accordingly, the *actus reus* of furthering should be a substantial act intended to further a crime. This being so, what should be the *actus reus* of furthering by aiding, counselling, attempting and so on?

B. Counselling, Inciting and Procuring

Given that X intends Y to commit a crime, what should X have to do to incur criminal liability for counselling, inciting or procuring? First, must he actively persuade Y to commit it or is it enough to refrain from dissuading him? Second, is it enough to do something intended to induce Y regardless of whether he is actually induced by it?

With regard to the first question, principle cautions against liability for refraining from dissuading. Refraining, being an omission, should not attract criminal liability as "furthering," unless the refrainer owes a legal duty to the potential victim. "It is, however," said Dixon J. in *Smith v. Leurs*, "exceptional to find in law a duty to control another's actions to prevent harm to strangers. The general rule is that one man is under no duty of controlling another to prevent his doing damage to a third."⁹⁵

The second question, "Must the inducement have effect?" is more difficult. In present law there are two types of counselling, one being an inchoate offence and the other being participation in the full offence. The former consists in trying to persuade another to commit a crime. The latter consists in actually persuading that other to commit it.

Under the new scheme there is no such distinction. The only question is Did the accused do a substantial act intended to induce another to commit a crime? The effect of the inducement is irrelevant. The liability, therefore, of the inducer depends solely on his own acts — the "inducee" need neither hear nor read the words advanced by the inducer.

What about counselling or incitement through the media? If D, on television, actively exhorts people to commit a crime, he clearly does a substantial act intended to further that crime. He is liable for furthering. However, if say for scientific, artistic or entertainment purposes, D makes a movie describing the perfect murder or writes a magazine article explaining how to grow marijuana, he would not be liable for furthering unless he knows so clearly that his advice will be acted on that the inescapable inference is that he actually intended this. Short of such intention, liability would unduly restrict freedom of speech.

⁹⁵ *Smith v. Leurs* (1945), 70 C.L.R. 256, pp. 261-2.

C. Aiding and Abetting

Suppose D intends to help or encourage (psychologically help) E to commit a crime. What must D do to incur liability? Is presence as a spectator enough? What if D's help is useless or is not received? What if D is merely a necessary party to a transaction of which one side only (for example, selling) is prohibited? Should buying count as aiding and abetting unlawful selling?

Again the starting-point is that "not-doing" is no offence. A bystander, witness or victim in fact does nothing; at most he omits to prevent, or leave the scene of, the crime; but why should he be obliged, at his own risk, to prevent the crime or to leave where he has a perfect right to be simply because of another's wrongdoing there? Clearly, those who make no real positive contribution to the crime should not be liable for furtherance.

Exceptionally, of course, bystanders may make a positive contribution. Their applause may lend encouragement, their crowding round may hinder law enforcement, and their very presence as spectators may give point to illegal spectacles otherwise without *raison d'être*. In such cases, given an intent to help or encourage, they could justifiably be liable for in fact doing a substantial act in furtherance of the crime committed.

What about aid that is useless or not received? The new scheme, it will be recalled, makes no distinction between cases where the full offence is committed and where it is not. So, whether the aid was received and effective is only relevant insofar as it bears on the central question: Did D do a substantial act intended to help E commit the crime?

Finally, what about the mere necessary party, for example, the victim or the buyer in a sales transaction? Suppose they want the crime to be committed. Should their presence and complicity count as a substantial act of furtherance?

In these cases, their conduct is less an act of furtherance than the converse of the prime offender's act. Regardless of intent, a victim is not ordinarily taken to assist his assailant by mere nonresistance, or a buyer to assist a seller by his mere purchase. The very meaning of "aid," "help," and "assist" suggests the requirement of a somewhat more positive contribution.

Policy suggests the same. Statutes proscribing one side but not the other of a transaction (for example, selling but not buying prohibited drugs), imply two things: (1) that the other side of the transaction has been intentionally left lawful, and (2) that the prohibition was meant to protect those on the other side of the transaction. This being so, courts should not infer that there is an intent by the lawmaker to impose liability on those explicitly not penalized and presumably meant to be protected. Accordingly, a necessary or "facilitating" party doing nothing more than playing his part in a transaction should not automatically qualify as furthering another's crime.

D. Attempting

Nowhere has *actus reus* caused more problems than in attempt. Whereas with counselling, inciting, aiding and abetting the question is "How far must the accused do some positive act in furtherance of the crime?" — with attempt the question is "How far must he get beyond mere preparation?" For common law never criminalized mere preparation, but only attempt.⁹⁶ The distinction between the two, however, has proved far from clear, and courts have used various unsatisfactory tests to draw it.⁹⁷

The traditional common law approach, if not the use of the tests themselves, is easily justified. First, in ordinary life we do distinguish between making plans and preparations and embarking on an enterprise. Second, the criminalization of mere preparation might allow policing and prosecution of conduct which may well be totally innocent.

The new scheme, however, would obviate the need for the distinction. Instead of looking for attempt in contrast to preparation, courts would have to look for a substantial act in furtherance of the crime. Most acts of preparation would not meet this test. Some might, however, and would then justifiably incur liability.

E. Conclusion

The *actus reus* for all secondary liability, then, should consist of a substantial act intended to further a crime. If the crime in question is committed, liability should be for furthering (by helping or inciting) a complete crime. If it is not committed, liability should be for furthering (by inchoate helping or inciting or by attempting) an incomplete crime.

IV. Double Jeopardy

The principle of double jeopardy clearly dictates that no one should be liable to conviction for committing and for helping, inciting or attempting. Accordingly, on the same lines as present law partly provides (*Criminal Code* sections 587 to 589), the *Code* should provide that where one type of involvement is charged but another is proved, there should be a conviction for that other offence only.

96. See Meehan, *supra*, note 87, p. 79.

97. The major tests that have been used, as well as numerous others, are listed in the Appendix to this Paper. This proliferation of tests has prompted some authors and judges to conclude that there simply is no satisfactory or universal test. See, for example, Stuart, *supra*, note 54, p. 536; *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18 (Ont. C.A.); *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226.

On the other hand, G. Williams appears to support the first step test. The American Model Penal Code advocates a substantial step test. According to this test, an attempt is made when an accused takes a step towards the commission of an offence which strongly corroborates his criminal purpose. The English Law Commission, *supra*, note 86, p. 27, para. 2.49, recommended a proximity test and that the *actus reus* be defined as "any act which goes so far towards the commission of the offence attempted as to be more than an act of mere preparation." The French Penal Code states that an attempt occurs when there is commencement of execution.

V. Conclusion

For the above reasons, therefore, we conclude that a simpler and more rational approach to the whole question of secondary liability, that is, liability of those other than the actual committer of an offence, would be to base the rules concerning participation and inchoate offences upon a unified notion of "furthering." In both cases, that is, whether the offence is committed or not, in all modes of involvement other than actual perpetration, the *actus reus* would be a *substantial* act in furtherance of the offence, and the *mens rea* an *intent* to further the offence. Impossibility of law and inherent impossibility of fact would be a defence. Abandonment would be no defence but would be relevant to sentence. Those furthering a completed crime would be liable to the same penalty as the committer, and those furthering an incomplete crime would be liable to half that penalty. Finally, to avoid double jeopardy, furthering would be an included offence.

CHAPTER FIVE

Conspiracy

Conspiracy has been left for separate consideration. For, unlike the other topics in this Paper, conspiracy covers two quite different phenomena. On the one hand, it applies to simple agreements between two or more people to commit offences. On the other hand, it also applies to (and is used by law enforcers to attack) organized crime where large-scale criminal enterprises are systematically conducted, where the exact contributions of those involved are often hard to pin down, and where the basic concept of agreement may, in fact, play little part.

With regard to its first application, which is to simple agreements to commit crimes, conspiracy is analogous to attempt, incitement and participation. Like those other categories, it poses questions as to rationale, *actus reus*, *mens rea* and penalty. For these reasons, it is appropriately discussed in this regard within this Paper.

Conspiracy is unique with regard to its use against organized crime. It raises basic value questions as to collective responsibility, difficult practical questions about procedure and particularly evidence, and hard policy questions as to prosecution and penalty. These enormous questions cannot suitably be discussed within a more general Paper such as the present one, but merit separate treatment.

Accordingly, this Paper confines itself to looking at the first aspect of conspiracy — agreements to commit offences. It starts with an overview of the present law, continues with a discussion of its defects, moves on to a consideration of rationale and concludes with suggestions for its improvement.

I. Present Law

The law is contained in a general section, in specific provisions and in the case-law.

A. General Section

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423:

423. (1) [**Conspiracy**] Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of conspiracy, namely,

(a) every one who conspires with any one to commit murder or to cause another person to be murdered, whether in Canada or not, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years;

(b) every one who conspires with any one to prosecute a person for an alleged offence, knowing that he did not commit that offence, is guilty of an indictable offence and is liable

(i) to imprisonment for ten years, if the alleged offence is one for which, upon conviction, that person would be liable to be sentenced to death or to imprisonment for life or for fourteen years, or

(ii) to imprisonment for five years, if the alleged offence is one for which, upon conviction, that person would be liable to imprisonment for less than fourteen years;

(c) repealed, 1980-81-82, 83, c. 125, s. 23.

(d) every one who conspires with any one to commit an indictable offence not provided for in paragraph (a), (b) or (c) is guilty of an indictable offence and is liable to the same punishment as that to which an accused who is guilty of that offence would, upon conviction, be liable.

(2) [**Common law conspiracy**] Every one who conspires with any one

(a) to effect an unlawful purpose, or

(b) to effect a lawful purpose by unlawful means,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) [**Conspiracy to commit offences**] Every one who, while in Canada, conspires with any one to do anything referred to in subsection (1) or (2) in a place outside Canada that is an offence under the laws of that place shall be deemed to have conspired to do in Canada that thing.

(4) [**Idem**] Every one who, while in a place outside Canada, conspires with any one to do anything referred to in subsection (1) or (2) in Canada shall be deemed to have conspired in Canada to do that thing.

(5) [**Jurisdiction**] Where a person has conspired to do anything that is an offence by virtue of subsection (3) or (4), the offence is within the competence of and may be tried and punished by the court having similar jurisdiction in respect of similar offences in the territorial division where he is found in the same manner as if the offence had been committed in that territorial division.

(6) [Where previously tried outside Canada] Where, as a result of a conspiracy that is an offence by virtue of subsection (3) or (4), a person has been tried and convicted or acquitted outside Canada, he shall be deemed to have been tried and convicted or acquitted, as the case may be, in Canada.

B. Specific Provisions

In addition to the general provision, there are the following specific conspiracy provisions: section 46 (conspiracy to commit treason), subsection 60(3) (seditious conspiracy), and subsection 424(1) (conspiracy in restraint of trade).

In addition, conspiracy sections are to be found in other statutes such as:

- *Animal Disease and Protection Act*, R.S.C. 1970, c. A-13 as amended by S.C. 1974-75-76, c. 86;
- *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40;
- *Customs Tariff Act*, R.S.C. 1970, c. C-41;
- *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8;
- *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4;
- *Trade Unions Act*, R.S.C. 1970, c. T-11.

C. Case-Law Decisions

The *Code* does not define conspiracy but case-law has attempted to do so. *O'Brien* is the seminal decision on the *actus reus* and *mens rea* of conspiracy.⁹⁸ Other decisions such as *Cotroni/Papalia*⁹⁹ and *Sokoloski*¹⁰⁰ also discuss these matters. Case-law has also dealt with the issue of husband and wife,¹⁰¹ the connection of conspiracy with aiding and abetting¹⁰² and the overlap with the substantive offence.¹⁰³

98. *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666, 110 C.C.C. 1. The court said at page 668 (S.C.R.):

It is, of course, essential that the conspirators have the *intention to agree*, and this agreement must be complete. There must also be a common design to do something unlawful, or something lawful by illegal means. Although it is not necessary that there should be an overt act in furtherance of the conspiracy, to complete the crime, I have no doubt that there must exist an *intention to put the common design into effect*. A common design necessarily involves an intention. Both are synonymous. The intention cannot be anything else but the will to attain the object of the agreement.

99. *R. v. Cotroni; Papalia v. The Queen* (1979), 45 C.C.C. (2d) 1 (S.C.C.).

100. *Sokoloski v. The Queen* (1977), 33 C.C.C. (2d) 496 (S.C.C.).

101. *Kowbel v. The Queen*, [1954] S.C.R. 498.

102. *Koury v. The Queen*, [1964] S.C.R. 212.

103. *Sheppe v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 481 (S.C.C.).

II. Shortcomings of Present Law

Once again in this area, shortcomings of the law relate less to substance than to form. First, there is a lack of generality — despite an apparent general provision in subsection 423(2), there are three specific provisions in subsection 423(1) and numerous other provisions both in the *Code* and in other statutes.

Second, there is a lack of comprehensiveness; conspiracy — surely a term of art — is given no definition. As a result, one is thrown back to the common law, which is still far from clear. What, for example, constitutes an unlawful purpose?

Third, the law is vague and brings a risk of overcriminalization. Consider the wide definition of conspiracy in paragraphs 423(2)(a) and (b) — agreement “to effect an *unlawful* purpose, or ... to effect a lawful purpose by *unlawful* means.” [Emphasis added] Consider too the possibility of double jeopardy in that a person can be guilty at one and the same time of committing an offence and of conspiring to commit it.

III. Rationale

As observed earlier, there are significant differences between conspiracy and the two other inchoate offences. For one thing, whereas incitement and attempt run roughly parallel to accessory and commission, conspiracy appears to have no counterpart at the choate level. For another, the *actus reus* of conspiracy (agreeing) would seem to reduce the “act” requirement almost to vanishing-point, while the *mens rea* (to effect an unlawful purpose or effect a lawful purpose by unlawful means) rides roughshod over the interests of certainty and the rule of law.

If conspiracy has no participation counterpart, what is its rationale? As argued earlier, the rationale for criminalizing participation, incitement and attempt is, in reality, the same as that for the complete offence: acts which are done to further violations of basic values, themselves violate such values. Thus, if two or more persons combine to commit a crime and thereby violate basic values, they do an act intended to further such violation. In short, the criminalization of conspiracy can be based on the same general rationale.

Many instances of such combination could, of course, attract criminal liability without recourse to the crime of conspiracy. In some cases, those who combine could be liable both as joint committers, or one as the committer and the other as an accessory or aider and abettor. In others, they might both be liable as joint attempters, or one person as an attempter and the other as an inciter. In these cases, law enforcement has no need of a separate conspiracy offence.

Some instances of combining, however, will not be covered by the rules on participation, incitement and attempt. Where two or more persons start planning an offence but have not gone beyond mere preparation, under present law they would not yet be

guilty of attempt; *a fortiori*, where they agree to commit an offence but have done nothing yet to further that agreement. Such cases at present incur criminal liability only by virtue of the offence of conspiracy.

However, should there be criminal liability in such cases? First, should there be liability for joint preparation? To this question, two answers could be given. One is that while mere preparation by a single individual may not seem harmful enough to count as an inchoate offence, preparation by two or more persons creates sufficient danger to do so: strength in numbers, division of labour, plotting together — all of these call for early intervention of the law. Another answer is that if, as we suggested, "attempt" were extended to cover any substantial act done in order to commit the crime intended, then acts of preparation, joint or several, could attract liability but without a separate crime of conspiracy.

Next, should there be criminal liability for mere agreement? Now while objection to the imposition of such liability might contend that this comes close to criminalizing mere intent, this is not so. Two parties who resolve to commit a crime and then agree together to do it have gone beyond mere resolution; they have done an act in the external world: the act of agreeing between themselves. They have done this, thinking presumably that doing it together will be easier; this could surely qualify as an act in furtherance of that crime.

Nonetheless, is it a substantial act? The act of agreeing is even more remote from the complete offence than is the act of mere preparation. Thus, further objection to subjecting it to criminal sanction might be mounted on the ground of its relative harmlessness as compared with joint plotting, planning and organization of crime. Here again, however, strength in numbers, division of labour and so on make even mere agreement a source of danger — organized crime, after all, begins with agreement.

Given, then, a need for a crime of conspiracy, of what should its elements consist? Under present law, the *actus reus* consists of "conspiracy," that is, agreeing, and the *mens rea*, in its widest sense, consists of the intent to effect an unlawful purpose, or a lawful purpose by unlawful means. How far are these definitions justifiable?

In our view, the *actus reus* presents no great problems. "Agreeing" is an easily understood concept — we all know what it means to come to some agreement. Of course, in line with general principles, some positive act is necessary. The parties must positively agree — mere failure to dissent should not attract liability. At the same time, such agreements are not in general made openly, so that their making will often be a matter of inference from other evidence. However, insofar as what must be inferred is an actual and not a tacit or implied agreement, no change is needed in this aspect of conspiracy.

The same cannot be said of the *mens rea* aspect. Under the present law, it is conspiracy to agree to commit a crime, a regulatory, provincial or a municipal offence, or even a mere civil wrong. In our view, however, it should not count as conspiracy

to commit regulatory, provincial or municipal offences, for two reasons. First, if we have a *Criminal Code*, this document is what should control the ambit of criminality; the *Code*, and nothing else, should lay down what counts as an offence. Second, the uniformity desirable in criminal law is marred by provisions making an agreement to do an act in one province a conspiracy and to do it in another not a conspiracy simply because of differences in provincial legislation.

Nor in our view should it be a conspiracy to agree merely to effect an unlawful purpose or to effect a lawful purpose by unlawful means. Whatever the difference between the two — Is it a distinction without a difference? — the term "unlawful" is far too vague and far too wide. Because of its use in the definition of conspiracy, no one can tell for certain what is and what is not covered by the offence. This contravenes the rule of law.

One further argument is crucial in the Canadian context. In Canada, the making of the criminal law has been entrusted to Parliament. Where Parliament regards behaviour as a grave enough social evil to require criminal sanctions, it can make it a crime. However, where Parliament has not seen fit to make an act a crime, the mere agreement to do such an act should not become, by the back door as it were, a crime by reason of provincial or other provisions. All criminal law belongs to Parliament.

In our opinion, the crime of conspiracy should consist of agreement by two or more persons to commit an act defined by the *Code* as a criminal offence. Whether or not the acts in question should be restricted to the more serious (that is, indictable) offences cannot be answered pending conclusions on the classification of offences. In principle, however, if conspiracy is to be a serious offence, then the acts agreed on ought also to be only those that are serious in nature.

IV. Double Jeopardy

In our view, no one should be liable to conviction for both an inchoate offence and the full offence in question. If the offence is completed and the person contributed to it, he should be liable as a party. If it is not completed or if he make no actual contribution to it, he should at most be liable for an inchoate offence. Accordingly, a person charged with an offence but proved only to have conspired to do it should be convicted, not of the offence, but of conspiracy.

A person charged with conspiracy but found to have been involved with the full offence presents a problem. On the one hand, he clearly should not be acquitted and should, at least, be convicted of conspiracy. On the other hand, it would hardly be fair to convict him of the full offence and subject him to the full penalty when that was not the charge he had to meet.

Our tentative view is that he should be liable for conspiracy and subject to penalty for half the offence.

CHAPTER SIX

Recommendations

1. That the law on participation and on inchoate offences be based on the general concept of doing an act in furtherance of a crime.

2. That the present law on parties be replaced by a provision to the effect that where a crime is complete a person may be charged with, liable for, and (except as regards conspiracy for which the penalty is always half) subject to the same penalty for:

- (a) committing it,
- (b) helping another to commit it,
- (c) inciting another to commit it, or
- (d) conspiring to commit it.

3. That the present law on inchoate offences be replaced by a provision to the effect that where a crime is not completed a person may be charged with, liable for, and subject to half the penalty for the complete offence for:

- (a) attempting to commit it,
- (b) helping another to commit it,
- (c) inciting another to commit it, and
- (d) conspiring to commit it.

4.(1) That the law provide that liability under Recommendations 2 and 3 can be:

- (a) sole,
- (b) joint, or
- (c) through an innocent agent.

(2) That joint liability arises where two or more persons share in the *actus reus* of the specific offence or, share in a substantial act of furtherance as attempters, helpers, inciters or conspirators.

(3)(a) That in the case of conspiracy, liability should require agreement to commit a *Criminal Code* offence with intent to commit it.

(3)(b) That in all other cases except that of a committer, liability should require a substantial act in furtherance of a specific *Criminal Code* offence intended to further that offence.

(4) That impossibility of law and inherent impossibility of fact be a defence to attempting, helping, inciting and conspiring, but that abandonment and ordinary impossibility of fact be no defence.

(5)(a) That anyone charged in respect of a complete crime can, on appropriate evidence, be convicted of involvement in an incomplete crime.

(5)(b) That anyone charged in respect of an incomplete crime may be convicted thereof despite the evidence of involvement in a complete crime.

(6)(a) That anyone charged with one type of involvement in a complete or incomplete crime can, on appropriate evidence, be convicted of one of the other types of involvement.

(6)(b) That a conspirator who contributes to the commission of a complete crime be liable for helping in its commission and that a conspirator who makes no such contribution be liable for conspiracy as though the crime were incomplete.

APPENDIX

Tests Used to Distinguish Attempt from Mere Preparation

I. Five Major Tests

A. The Last Step or Final Stage Test

This test arose from the dicta of Baron Parke in *R. v. Eagleton* (1855), Dears. C.C. 515. The test holds that an accused is guilty of attempt when he has done all that it was necessary for him to do towards the completion of a crime. The test was applied in Canada in *R. v. Courtemanche and Bazinet*, *supra*, note 46, but was subsequently disapproved of by the Ontario Court of Appeal in *R. v. James*, [1971] 1 O.R. 661, p. 663.

B. The Cheeseman Test

This test originated in *R. v. Cheeseman*, *supra*, note 45, and was espoused by Sir James Fitzjames Stephen in *supra*, note 36, Article 47 (now 9th ed. (1950), Article 29). According to Stephens, the test requires "an act ... forming part of a series of acts, which would constitute [the] actual commission [of a crime] if it were not interrupted." The test has been widely used in Canada. See *R. v. Snyder* (1915), 24 C.C.C. 101, 34 O.L.R. 318; *R. v. Lepage* (1941), 78 C.C.C. 227, [1941] 4 D.L.R. 484; *R. v. Brown* (1947), 88 C.C.C. 242, 3 C.R. 412; *R. v. Quinton*, *supra*, note 45, *per* Estey J. and Rinfret J.; *R. v. Young* (1949), 94 C.C.C. 117.

C. The Proximity Test

This test assesses how close the accused's act came to the actual commission of the offence. It has been applied in Canada in *Kelley v. Hart* (1934), 61 C.C.C. 364 (Alta. C.A.); *Case of Duels*, *supra*, note 27; *R. v. Sorrell and Bondett* (1978), 41 C.C.C. (2d) 9 (Ont. C.A.); *R. v. Cline*, *supra*, note 97.

D. The First Step Test

This test holds that an attempt occurs when the accused engages in his first overt act toward the commission of an offence. This test appears in the criminal codes of several countries including those of Denmark and Australia. One of the earliest cases which refers to this test is *Commonwealth v. Egan* (1889), 190 P.A. 10, p. 22.

E. The Unequivocality Test

This test was developed by Sir John W. Salmond in *Jurisprudence*, 12th ed. (London: Sweet and Maxwell, 1966), p. 404, and later adopted by New Zealand in its *Crimes Act 1908*. According to this test, an attempt is made when the act itself, apart from any statement of intention, unequivocally demonstrates that the accused's intention was to commit an offence. This test was rejected in Canada in *R. v. Cline*, *supra*, note 97.

II. Examples of Some Additional Tests

A. The Dangerous Proximity Doctrine

O. W. Holmes, in *The Common Law* (Boston: Little, Brown and Co., 1963), p. 56, proposed that to determine whether an act constitutes an *actus reus* one must consider "the nearness of the danger, the greatness of the harm, and the degree of apprehension felt."

B. The Stages of Commission

This test is based on the premise that every criminal act consists of a discernible number of discrete acts which begin with the accused forming the idea to commit the crime and end with the execution of the crime. It then follows that proximity can be determined by counting back from the last act necessary for execution (see Fletcher, *supra*, note 90).

C. The Turner Test

This test is a variation on the unequivocal test. It is taken from J. W. C. Turner, "Attempts to Commit Crimes" (1933-35), 5 *Cambridge L.J.* 230, p. 236. He sets the following test:

The *actus reus* of attempt is constituted when accused does an act which is a step towards the commission of that specific crime, and the doing of that act has no other purpose than the commission of that specific crime

This test was applied in *Davey v. Lee*, [1967] 2 All E.R. 423.

D. The *R. v. Taylor* Test

This case (1 F. & F. 512; (1859), 175 Eng. R. 831) proposed the test that the *actus reus* must be an act, immediately and directly tending to the execution of the principal crime.

E. The Aptness Test

In this test, an accused's act will constitute an *actus reus* if it was an effort which was aptly related to his objective. This test has been used in cases where the completion of the offence was impossible. For example, using this test, employing voodoo to kill would not constitute an *actus reus* for attempted murder, since voodoo is ineffective in bringing about the accused's objective (see Fletcher, *supra*, note 90, pp. 150-1).

F. The "On the Job" Test

This test, developed in *R. v. Osborn*, *supra*, note 80, is a variation of the aptness test. It states that, to be guilty of attempt, the accused must have been "on the job" or "on the thing itself." For example, an accused who tries to poison using an innocuous substance cannot be said to be "on the job." However, if the attempt fails owing to insufficient dosage, the accused is nevertheless "on the job" and may be found guilty.

G. The *Hope v. Brown* Test

[1954] 1 All E.R. 330. This test resembles the *Cheeseman* test. It is really a proximity test plus a peculiar qualification. Judge Byrne stated, at page 332:

[T]he respondent's acts were not interrupted because the time had not arrived for their completion. His acts ... were for that reason too remote. They certainly indicated an attempt but were not sufficiently connected with the offence ... to constitute an attempt.

H. The Probable Desistance Test

Probable desistance has been used in the United States. An accused's conduct will amount to an attempt when it would, if uninterrupted by any outside cause, have resulted "in the ordinary and natural course of events" in the completion of a crime. See Donald Stuart, "The *Actus Reus* in Attempt," [1970] *Crim. L.R.* 505, p. 509.

I. The Rational Motivation Test

This test was developed by Fletcher in *supra*, note 90. Fletcher seeks the true nature of attempt by looking at what effect a mistake of fact as to the circumstances surrounding an attempt has on attempt. Fletcher holds that an accused can be said to be attempting an offence, even if he is operating under a mistake when knowing the true facts would affect his incentive in acting, if it would give him a good reason to change his course of conduct. Under this theory, if a man tries to receive goods and he does not know they are stolen, he would be guilty of attempted possession of stolen goods only if the knowledge that the goods were stolen would have caused him not to receive the goods. In the ordinary case, such knowledge would not affect the offender taking possession of the goods, and therefore he would not be guilty of the offence of attempting to possess stolen goods.

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve* (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs -- Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale -- Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort* (8 avril 1981)
16. *Le jury* (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire -- Commission d'appel de l'immigration* (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le telemandat* (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules* (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes -- Un cadre pour la prise de décisions* (23 oct. 1985)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme -- La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)

5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement -- Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête -- Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale -- Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude -- Les infractions* (1977)
20. *L'outrage au tribunal -- Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit* (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes* (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel* (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens -- Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects* (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens -- Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1985)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (1985)
41. *L'arrestation* (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement* (1985)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

LA RESPONSABILITÉ SECONDAIRE :
COMPLICITÉ
ET
INFRACTIONS INCHOATIVES

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1985
N° de catalogue J32-1/45-1985
ISBN 0-662-53749-1

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 45

LA RESPONSABILITÉ SECONDAIRE :
COMPLICITÉ
ET
INFRACTIONS INCHOATIVES

1985



Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6



La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M^c Gilles Létourneau, vice-président*
M^c Louise Lemelin, c.r., commissaire
M^c Joseph Maingot, c.r., commissaire
M^c John Frecker, commissaire*

Secrétaire par intérim

Harold J. Levy, LL.B., LL.M.

Coordonnateur de la section de recherche sur les règles de fond du droit pénal

François Handfield, B.A., LL.L.

Conseiller principal

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

* N'était pas membre de la Commission lorsque le présent document a été approuvé.

Conseillers

Lynn Douglas, B.A., LL.B.

. Oonagh Fitzgerald, B.F.A., LL.B.

Remerciements

Le professeur Jacques Fortin est décédé avant la publication du présent document de travail.

Il était vice-président de la Commission au moment où débutèrent les recherches sur la responsabilité secondaire et nous lui sommes redevables de son apport au présent document.

De nombreuses personnes ont contribué à la préparation de ce document de travail. La Commission tient à remercier en particulier Elizabeth Gilhooly, Holly Solomon et Gary Chayko. Elle remercie également le conseil consultatif sur le droit pénal, dont les commentaires et suggestions se sont avérés précieux et ont, dans bien des cas, été retenus.



Table des matières

INTRODUCTION	1
CHAPITRE UN : La notion de responsabilité secondaire, son fondement; les principales difficultés qu'elle soulève	5
I. La notion de responsabilité secondaire, son fondement	5
II. Les principales difficultés que soulève la notion de responsabilité secondaire	8
CHAPITRE DEUX : La responsabilité secondaire et le droit	9
I. Les origines historiques	9
II. Le droit actuel	15
A. La complicité	15
(1) Les dispositions générales	15
(2) Les dispositions particulières	16
(3) La jurisprudence	17
B. La tentative	17
(1) Les dispositions générales	17
(2) Les dispositions particulières	18
(3) La jurisprudence	18
C. Les conseils	19
(1) Les dispositions générales	19
(2) Les dispositions particulières	19
(3) La jurisprudence	19

CHAPITRE TROIS : Les lacunes du droit actuel.....	21
I. Le manque de généralité	21
II. L'agencement désordonné	22
III. Le manque d'exhaustivité	22
IV. L'objectivisme, le flou et l'incohérence.....	25
CHAPITRE QUATRE : Une nouvelle approche	27
I. La responsabilité secondaire : structure proposée.....	28
II. L'élément moral	32
A. Les principes en cause	32
(1) L'intention	32
(2) L'imprudence	32
(3) L'insouciance	33
B. Le dessein différent	35
C. Le cas de l'infraction impossible	36
(1) L'impossibilité de fait	37
(2) L'impossibilité de droit	37
D. Le désistement volontaire	38
E. Le cas où l'auteur principal bénéficie d'un moyen de défense	40
F. Conclusion	41
III. L'élément matériel.....	42
A. Les principes en cause	42
B. Les conseils et l'incitation	45
C. L'aide et l'encouragement	46
D. La tentative	47
E. Conclusion	48
IV. La double mise en accusation	48
V. Conclusion	48

CHAPITRE CINQ : Le complot	49
I. Les règles actuelles	49
A. La disposition générale	50
B. Les dispositions particulières	51
C. La jurisprudence	51
II. Les lacunes des règles actuelles	52
III. Les principes en cause	52
IV. La double mise en accusation	55
CHAPITRE SIX : Recommandations	57
ANNEXE : Les critères utilisés pour distinguer la tentative des actes préparatoires	59



Introduction

En principe, l'accomplissement d'une action définie comme une infraction par le droit pénal spécial constitue une condition nécessaire et suffisante de la responsabilité pénale. Il ne s'agit cependant pas là d'une règle absolue. D'une part, l'accomplissement de l'action s'avère parfois insuffisant, ce qui permet à l'auteur d'échapper à la répression. D'autre part, il n'est pas toujours indispensable : une personne peut dans certains cas se voir imputer légalement la responsabilité d'un fait qu'elle n'a pas commis.

C'est que les définitions quelque peu sommaires offertes par le droit pénal spécial sont complétées par certaines dispositions de la partie générale, qui viennent préciser la manière dont elles doivent être interprétées et appliquées.

Ce complément se présente sous deux formes opposées. En premier lieu, les règles du droit pénal général peuvent restreindre la portée et le champ d'application des dispositions du droit pénal spécial, en écartant la responsabilité pénale et en énonçant que malgré la commission d'un acte tenu pour une infraction, l'auteur ne peut être déclaré coupable. En second lieu, elles peuvent au contraire élargir la portée des textes de la partie spéciale en imputant à des personnes la responsabilité d'actes non commis par elles.

Les règles appartenant à la première catégorie (celles qui limitent la portée des infractions définies par le droit pénal spécial) font l'objet du document de travail 29¹. On y étudie : (1) les principes de la responsabilité pénale et (2) les moyens de défense d'application générale. Les deux questions sont intimement liées : elles sont toutes les deux fondées sur l'idée centrale qu'il ne peut exister de responsabilité sans faute, elles reposent sur des concepts qui dans une certaine mesure renvoient les uns aux autres (par exemple, l'automatisme et l'erreur par rapport à l'élément matériel et à l'élément moral) et en dernière analyse, elles sont liées à une conception tant normative que descriptive de l'élément moral.

Les principes de la responsabilité pénale y sont pour leur part traités d'une manière originale. En effet, tandis qu'actuellement ils ne s'expriment pas dans le *Code criminel* mais dans des règles de common law, ils figureraient dans la partie générale du nouveau code, par souci d'exhaustivité. Mais conformément à la conception exposée par le juge Stephen dans l'arrêt *Tolson*², nous recommandons qu'ils revêtent la forme de règles d'interprétation selon lesquelles, sauf disposition contraire, la constitution d'une infraction supposerait une conduite et une connaissance de la part du prévenu³.

1. Commission de réforme du droit du Canada, *La partie générale : Responsabilité et moyens de défense* [Document de travail 29], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982.

2. *R. v. Tolson*, (1889) 23 Q.B.D. 168.

3. Voir Commission de réforme du droit, *op. cit. supra*, note 1.

La question des moyens de défense d'application générale est abordée de la même façon. À l'heure actuelle, en effet, certains d'entre eux, telles la nécessité et l'intoxication, font simplement l'objet de règles de common law. Or, toujours par souci d'exhaustivité, ils seraient tous énoncés dans la partie générale du nouveau code. En outre, une disposition préliminaire préciserait qu'aucune responsabilité n'est imputable à une personne pouvant bénéficier de l'un ou l'autre des moyens énumérés, et cela malgré l'existence de la conduite ou de la connaissance requises par la définition de l'infraction reprochée.

D'une manière analogue, les règles du droit pénal général dont le rôle consiste à élargir la portée de la partie spéciale se répartissent en deux catégories distinctes mais néanmoins connexes. Elles concernent la responsabilité sans commission effective d'une action incriminée; c'est ce que nous appelons la responsabilité «secondaire», et le présent document est consacré à l'étude de cette notion. La première catégorie de règles vise le cas où, à strictement parler, aucune infraction aux dispositions du droit pénal spécial n'a été commise, alors que la deuxième s'applique à des situations où une infraction a bel et bien été commise, mais par une personne autre que le prévenu en question.

Il va de soi que dans le premier cas, personne ne peut se voir imputer la responsabilité d'une infraction spécifique, puisque aucune n'a été commise. En revanche, la responsabilité «secondaire» des personnes qui ont fait un acte tendant à la consommation de l'infraction en cause (conseils, incitation ou tentative) peut être engagée. La responsabilité sera alors relative à une infraction de nature générale, normalement définie dans la partie générale comme une infraction inchoative.

Par ailleurs, la responsabilité d'une infraction spécifiquement définie par le droit pénal spécial et effectivement commise par une personne, peut en principe être imputée à une autre de trois manières différentes. On peut avoir fait un acte tendant à la consommation de l'infraction commise (incitation, aide apportée à l'auteur principal : c'est la complicité). On peut aussi avoir aidé le délinquant à échapper à la justice : il s'agit du cas du complice après le fait. Enfin, la responsabilité peut résulter de l'existence d'un lien avec l'auteur principal (par exemple, l'employeur vis-à-vis de son employé).

De ces trois façons dont on peut être responsable d'une infraction commise par un autre, seule la première, soit la complicité, ressortit véritablement à la responsabilité secondaire. Dans ce cas, en effet, le prévenu partage la responsabilité de l'infraction précise en cause. Le deuxième cas (recel de malfaiteur) constitue sans doute une infraction en soi, celle d'entrave à la justice. Enfin le troisième, celui de la responsabilité du fait d'autrui, n'est pas du domaine du droit pénal, comme nous l'expliquerons dans un autre document⁴ et comme l'a souligné la Cour suprême du Canada⁵.

4. Dans un document de travail distinct consacré à la responsabilité pénale des personnes morales.

5. Voir *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, (1978) 40 C.C.C. (2d) 353; *R. v. McNamara* (No. 1), (1981) 56 C.C.C. (2d) 193.

Le présent document, consacré à la responsabilité secondaire, porte donc sur deux questions : (1) la complicité et (2) les infractions inchoatives. Comme il s'agit selon nous, dans les deux cas, d'actes tendant à la consommation d'une infraction, c'est sous cet angle que nous les étudions.

En effet, les règles régissant la complicité et les infractions inchoatives, tout comme celles qui s'appliquent à la responsabilité et aux moyens de défense, ont plusieurs points en commun. En premier lieu, elles sont fondées sur le principe que sont répréhensibles non seulement la commission d'une infraction, mais également les actions délibérées tendant à sa consommation. En deuxième lieu, elles reposent sur des concepts qui dans une certaine mesure correspondent les uns aux autres : ainsi la tentative et les conseils constituent respectivement des formes « inchoatives » de la perpétration et de la complicité. Enfin, elles suscitent les mêmes difficultés. Par exemple, quels sont les éléments constitutifs de la tentative, de la complicité ? Quelle est la sanction appropriée ? Quel est l'effet du désistement volontaire ?

On constate donc que les règles du droit pénal général se caractérisent par une remarquable symétrie. D'une part, elles limitent la responsabilité de l'auteur principal tandis que de l'autre, elles étendent la responsabilité pénale aux complices et aux auteurs d'infractions inchoatives. Dans le premier cas, elles jouent un rôle restrictif : le prévenu, bien qu'il ait commis un acte visé par le droit pénal spécial, échappe à la responsabilité. Dans le second, elles énoncent que la responsabilité du prévenu est engagée non seulement s'il commet un acte prévu par le droit pénal spécial, mais aussi en cas de tentative, d'incitation, d'aide, et ainsi de suite.

La principale difficulté soulevée par les règles revêtant un caractère restrictif tient à ce que bon nombre d'entre elles, par exemple celles qui régissent les principes de la responsabilité et les moyens de défense d'intoxication volontaire et de nécessité, ne figurent pas dans le *Code* actuel. Aussi avons-nous tenté, dans le document de travail 29, de codifier les règles de common law avec les modifications jugées appropriées, en vue de leur insertion dans le nouveau code.

Les règles qui ont pour effet d'étendre le champ de la responsabilité pénale suscitent des difficultés d'un autre ordre. En effet, si elles sont pour la plupart exprimées dans le *Code* actuel, leur cohérence et leur agencement laissent à désirer et elles manquent parfois de clarté. Par ailleurs, leur interprétation est rendue difficile par suite de problèmes que le common law n'est jamais parvenu à résoudre d'une manière convenable.

Aussi le présent document de travail est-il divisé en six chapitres. Dans le premier, on tente de jeter la lumière sur la notion, le fondement et les principes généraux de la responsabilité secondaire. Dans le deuxième, on étudie les dispositions actuelles en matière de complicité et d'infractions inchoatives. Les lacunes des règles existantes font l'objet du troisième. Dans le quatrième, on tente d'élaborer des principes directeurs dans ce domaine. Dans le cinquième, on traite du complot et enfin dans le sixième, on présente des recommandations concrètes en vue de l'élaboration du nouveau code pénal.

Certaines questions seront toutefois laissées de côté, qui touchent notamment l'application pratique, la procédure et la preuve. Mis à part les sanctions, qui sont indissociables de notre sujet, elles feront l'objet d'études consacrées à la procédure pénale.

Nous ne traiterons pas non plus ici certaines infractions spécifiques qui, bien que définies comme des infractions complètes en soi, présentent essentiellement un caractère inchoatif. L'incendie volontaire, par exemple, consiste à mettre le feu à un bien, c'est-à-dire non pas à le détruire par le feu, mais simplement à tenter de le faire; le vol consiste à prendre le bien d'autrui avec l'intention de l'en priver : il n'est pas nécessaire de l'en priver effectivement, la tentative suffit. De telles infractions débordent le cadre du présent document, consacré aux infractions inchoatives de caractère général.

Ne seront pas étudiées, enfin, les infractions qui, malgré les apparences, ne relèvent pas de la complicité. C'est le cas, par exemple, de l'aide au suicide; en effet, le suicide n'étant pas tenu pour un crime au Canada, il ne peut engendrer de responsabilité secondaire. De même, la participation à une émeute ne peut être tenue pour une infraction secondaire consistant à aider d'autres personnes à faire la grève; il s'agit en soi d'une infraction principale.

CHAPITRE UN

La notion de responsabilité secondaire, son fondement; les principales difficultés qu'elle soulève

I. La notion de responsabilité secondaire, son fondement

La question de la responsabilité secondaire pose un problème de nature générale que l'on retrouve fréquemment en droit pénal et dont il a déjà été fait état en matière de vol et de fraude. Il s'agit de l'écart entre les principes généraux, d'une part, et leur application, d'autre part. Sur le plan des principes, en effet, la responsabilité secondaire (soit la responsabilité pénale à l'égard de la complicité et des infractions inchoatives) est une notion simple, dont le bien-fondé paraît incontestable. Cependant, son application est souvent source de difficultés.

Cela tient à plusieurs raisons. Disons tout d'abord que si le droit est fondé sur le bon sens, il ne peut s'en tenir là. Par exemple, il est vrai que des concepts juridiques tels que la tentative, la complicité, la possession, la causalité et bien d'autres découlent du bon sens, mais celui-ci ne permettrait jamais à lui seul de résoudre les problèmes particuliers auxquels font face tous les jours les tribunaux et les avocats. En ce qui concerne la responsabilité secondaire, l'avocat doit de la même façon recourir au sens commun comme matière brute pour ensuite poursuivre sa réflexion, en tentant bien sûr de ne pas s'écarter de la logique.

Sur le plan des principes, répétons-le, la notion de responsabilité secondaire paraît simple et inattaquable. En effet, si un acte est répréhensible, le fait de tenter de l'accomplir est tout aussi répréhensible. Il ne viendrait à l'idée de quiconque de considérer comme responsables et blâmables uniquement ceux qui commettent effectivement l'acte en question. Le simple bon sens nous dit que la complicité d'un délit est condamnable, de même que la tentative, l'incitation, l'aide et l'assistance tendant à la consommation d'une infraction. Ce principe est également reconnu par le droit pénal.

Manifestement, donc, les notions de responsabilité principale et de responsabilité secondaire ont le même fondement : la première découle de la commission de faits interdits parce qu'ils sont répréhensibles, qu'ils portent gravement atteinte aux droits d'autrui et qu'ils violent des valeurs fondamentales de la société; la seconde est imputée pour les mêmes motifs à ceux qui tentent de commettre ces infractions, ou encore qui incitent ou aident autrui à les commettre.

Prenons le cas de la complicité. Lorsque le fait principal (le meurtre, par exemple) est condamnable, il devrait également être répréhensible d'amener autrui à le commettre, ou de l'y aider. En effet, si le meurtre est répréhensible parce qu'il cause un préjudice réel (savoir, la mort d'une personne), est de même condamnable le fait d'inciter autrui au meurtre ou de l'aider à le commettre, puisque cela accroît les risques de mort.

Le même argument peut être appliqué aux infractions inchoatives. Ici encore, si le fait principal (par exemple le meurtre) est condamnable, la société souhaitera que personne ne le commette. Elle souhaitera également que personne ne tente de le commettre, ne conseille à autrui de le faire ou ne l'y incite. Car si le fait principal crée en soi un préjudice concret, la tentative, l'incitation, les conseils entraînent également un risque. Ils augmentent en effet la probabilité que le préjudice en question soit causé. Aussi la société est-elle fondée à prendre certaines mesures face à de telles actions : elle les interdit et impose des sanctions en cas de contravention, elle permet aux autorités d'intervenir afin d'empêcher la matérialisation du préjudice.

La difficulté consiste cependant à délimiter le champ d'application souhaitable du droit pénal, tant en ce qui concerne la responsabilité secondaire que la responsabilité principale. Car lorsque, pour protéger des valeurs fondamentales, le législateur qualifie d'infractions certaines conduites, il porte forcément atteinte, du même coup, à d'autres valeurs. Pour parler comme certains économistes, par exemple, lorsqu'un acte cause un préjudice à la victime, le fait de l'interdire cause aussi un «préjudice» à ceux qui ne peuvent plus légitimement le commettre. On protège le bien-être des éventuelles victimes au prix d'une atteinte à la liberté des autres citoyens. Dans l'élaboration des textes répressifs, la société doit donc chercher à tenir la balance égale entre les deux côtés : elle doit éviter dans la mesure du possible d'empiéter sur les libertés individuelles en interdisant des actes que chacun devrait être autorisé à faire.

En common law, cet équilibre se manifeste de deux manières différentes. D'un côté, les infractions sont soigneusement définies par le droit pénal spécial, et bien des actions échappent ainsi à la répression. D'un autre côté, le droit pénal général fournit des critères bien établis en ce qui a trait à la conduite et à l'élément moral, ce qui a également pour effet d'exclure certaines actions du domaine de la responsabilité pénale. Dans les deux cas, on veut éviter de punir des comportements inoffensifs et innocents : comportements que l'on ne peut véritablement qualifier de conduites (ils ne constituent pas des actions), actions accomplies sans dessein répréhensible (c'est-à-dire qui ne s'accompagnent d'aucun élément moral), conduites qui ne sont d'aucune façon répréhensibles en soi (inexistence d'un élément matériel).

L'équilibre en question est tout particulièrement difficile à atteindre dans le contexte de la responsabilité secondaire. C'est qu'en matière de responsabilité principale, l'acte défini par le droit pénal spécial revêt normalement un caractère manifestement répréhensible et appelle sans équivoque la répression pénale. Dans le cas de la responsabilité secondaire, par contre, les conduites visées de façon indirecte et générale par les règles régissant la complicité et les infractions inchoatives ne sont pas aussi clairement répréhensibles et leur interdiction est moins certaine. Autrement dit, si le meurtre et les

voies de fait causant des lésions corporelles revêtent un caractère manifestement criminel, cela peut s'avérer beaucoup moins évident dans le cas de la simple tentative, ou dans celui de l'assistance apportée à l'auteur de telles infractions. Le meurtrier a toujours, cela va de soi, une intention criminelle, tandis que chez la personne qui tente de commettre un meurtre, cela peut ne pas être manifeste. Dans ce dernier cas, en effet, on ne pourra souvent conclure à l'existence d'une intention criminelle qu'à partir des actes du prévenu, ou encore de son aveu.

Une telle inférence est dangereuse pour deux raisons. Tout d'abord, on risque de conclure à tort à l'existence d'une intention de nuire : l'acte du prévenu peut avoir été parfaitement innocent. C'est pourquoi le ministère public est rigoureusement tenu, en droit pénal, d'établir hors de tout doute raisonnable l'intention de nuire. Ensuite, même lorsqu'une personne déclare qu'elle avait une telle intention, on pourra néanmoins estimer dans certains cas qu'elle aurait pu accomplir exactement la même action en toute innocence, sans intention coupable. Cela explique la réticence du common law à qualifier d'infraction la simple intention ou la «pensée criminelle», et son insistance sur le fait extérieur répréhensible, sur l'existence d'un élément matériel.

Ce double risque de pénaliser les conduites innocentes ou les simples «pensées criminelles» est encore accentué par la formulation de notre droit pénal. Prenons la notion d'élément matériel, par exemple. En ce qui a trait à la responsabilité principale, cet élément est habituellement défini d'une façon relativement précise dans les dispositions de la partie spéciale. Mais dans le cas de la responsabilité secondaire, l'élément matériel des infractions consistant dans les conseils, l'aide et la tentative n'est caractérisé que très vaguement par les dispositions de la partie générale. Quelles sont les conduites requises pour la constitution des infractions consistant dans les conseils, l'incitation, l'aide, la tentative? À quel moment l'aide, l'encouragement ou la tentative deviennent-ils commission? Vu la nature même de ces questions, il semble impossible de trouver des réponses précises dans la loi ou la jurisprudence.

Les mêmes remarques semblent s'appliquer également à l'élément moral. En matière de responsabilité principale, les dispositions pertinentes du droit pénal spécial décriront souvent ce qui est requis à cet égard et lorsque tel n'est pas le cas, le principe général est applicable : l'intention ou la connaissance est nécessaire. Dans le domaine de la responsabilité secondaire, en revanche, on peut dire que ni les dispositions pertinentes du droit pénal général ni l'application des principes régissant l'élément moral ne se caractérisent par leur limpidité. L'instigateur doit-il avoir eu l'intention de provoquer l'infraction, ou doit-il simplement avoir su qu'il allait vraisemblablement la provoquer? La personne qui aide ou encourage l'auteur principal doit-elle avoir une intention quant à la commission de l'infraction, ou suffit-il qu'elle sache que la réalisation de celle-ci est probable? Ces questions n'ont jamais reçu de réponse complète en common law.

II. Les principales difficultés que soulève la notion de responsabilité secondaire

La notion de responsabilité secondaire suscite en outre certaines difficultés qui, d'une manière générale, ne se posent pas dans le domaine de la responsabilité principale. Elles ont trait au dessein différent, à l'impossibilité et au désistement volontaire.

En matière de responsabilité principale, le dessein différent n'est pertinent qu'à l'égard de la responsabilité imputée par déduction. Dans le domaine de la responsabilité secondaire, cependant, le problème se pose lorsque le fait commis par l'auteur principal diffère de celui dont le prévenu envisageait ou souhaitait la commission : P exhorte A à commettre le crime X et, à la suite de ces pressions, A commet le crime Y. Dans quelle mesure la responsabilité du crime Y devrait-elle être imputée à P?

L'impossibilité, dont il est habituellement question dans le contexte de la tentative, a également des conséquences en matière de conseils et d'incitation. P tente de commettre le crime X, incite A à le commettre ou conseille à B de le commettre. Or, il s'avère impossible de commettre le crime X. La responsabilité secondaire de P devrait-elle être considérée comme engagée et, le cas échéant, dans quelle mesure?

La question du désistement volontaire peut se poser tant dans le cas de la complicité que dans celui des infractions inchoatives. P entreprend de commettre le crime X, commence à inciter B à le commettre, ou à conseiller à C de le commettre, mais renonce à son projet. P commence à aider E à commettre le crime X, puis cesse de le faire. Jusqu'à quel point un tel désistement volontaire écarte-t-il ou limite-t-il la responsabilité secondaire de P?

Ces questions nous amènent à étudier le problème primordial de la peine. Les personnes à qui est imputée la responsabilité secondaire d'une infraction devraient-elles recevoir la même sanction que les auteurs principaux? Lorsqu'une infraction est commise, la responsabilité morale de toutes les personnes qui y ont pris part devrait-elle être la même? La participation effective de chacun devrait-elle avoir une incidence sur la peine qui lui est infligée? Et lorsque aucune infraction n'est commise, la tentative, les conseils ou l'incitation entraînent-ils la même responsabilité que si l'infraction avait véritablement été commise? L'objectif de dissuasion justifie-t-il l'imposition d'une peine moins sévère, ou au contraire plus sévère? Suivant le bon sens, la peine devrait-elle être moins sévère du fait qu'aucun préjudice concret n'a été causé?

Étant donné toutes les difficultés qui se posent au sujet de l'élément matériel et de l'élément moral, du dessein différent, de l'impossibilité et du désistement volontaire, il n'est pas étonnant que les règles actuelles régissant la responsabilité secondaire puissent sembler non satisfaisantes. Un bref rappel de leurs origines historiques et de leur formulation nous permettra cependant de montrer qu'essentiellement, elles sont bien fondées. Nous serons ensuite en mesure de préciser leurs lacunes et de proposer des améliorations qui respectent leur essence et leur fondement.

CHAPITRE DEUX

La responsabilité secondaire et le droit

La notion de responsabilité pénale secondaire existe depuis très longtemps dans les systèmes juridiques occidentaux. On la trouve dans chacun des systèmes de droit appartenant à la famille romano-germanique, de même que dans tous les systèmes de common law fondés sur le droit de l'Angleterre.

I. Les origines historiques

L'existence de la responsabilité secondaire est donc reconnue dans les deux grandes familles de droits du monde occidental. Mais si la responsabilité découlant d'une participation à l'infraction sans commission effective semble n'y faire l'objet d'aucun doute, on semble plus hésitant en ce qui concerne la responsabilité attachée aux infractions inchoatives, surtout en common law.

D'ailleurs, la doctrine classique enseigne que la notion d'infraction inchoative a connu une évolution bien différente dans les deux systèmes. En droit romain et dans les droits civils qui en sont dérivés, la responsabilité pénale à cet égard découlait directement du principe *voluntas reputatur pro facto*⁶. En common law, par contre, les choses se sont passées plus lentement puisque, comme le soulignent Pollock et Maitland, [TRADUCTION] «notre droit ancien était fondé sur le principe opposé : *factum reputatur pro voluntate*⁷». Lorsque c'est l'intention qui compte, la notion de responsabilité inchoative ne pose manifestement aucune difficulté; mais lorsque les règles sont fondées sur l'action, on ne peut envisager la responsabilité pénale sans la commission du fait incriminé.

Si intéressant que soit ce point de vue, il s'agit d'une simplification exagérée. En effet, il suffit de jeter un coup d'œil à l'histoire du droit pour constater que les choses se sont passées d'une façon bien plus compliquée. Le droit civil n'a d'aucune manière été l'esclave du principe *voluntas*, pas plus que le common law ne l'a été du principe inverse.

6. Voir R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1975, vol. 1, p. 613.

7. F. Pollock et F. W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1898, vol. 2, p. 477, note 5.

La notion de responsabilité secondaire était manifestement admise en droit romain et dans les droits qui y ont succédé en Europe. Les juristes romains se sont en effet étendus longuement sur les modes de participation aux infractions, en distinguant les *auctores*, *co-auctores*, *auxillarii*, *participes*, *consilii*, etc.⁸ Ces distinctions n'avaient cependant pas beaucoup d'incidence sur la responsabilité ou la peine encourue. Pour ce qui est du résultat, il n'y avait donc pas tellement de différence entre les règles en vigueur dans les droits romano-germaniques et celles que le common law avait élaborées en ce qui a trait à la complicité de trahison et de *misdeemeanor*.

Sur cette question de la peine attachée à la complicité, toutefois, les droits européens n'ont pas tous adopté la même solution. En France, par exemple, on a suivi le droit romain : complices et auteurs sont passibles de la même sanction⁹, tandis qu'en Allemagne la responsabilité secondaire entraîne une peine moins sévère que la commission effective¹⁰.

Quant à la notion d'infraction inchoative, son existence en droit romain est plus douteuse. Pour certains auteurs, tel Bynkershoek, le droit romain ne comportait même aucune règle générale en matière de tentative, mais seulement des infractions spécifiques à cet égard¹¹. D'autres juristes, cependant — en fait la majorité des auteurs du seizième siècle — affirment au contraire que la tentative (*conatus*) était considérée comme équivalant à la commission effective et justifiait la même sanction¹².

Le droit romain différait bien sûr des droits civils modernes sous un aspect important. Le vol et bien d'autres actes qualifiés de crimes aujourd'hui y étaient plutôt considérés comme des délits civils donnant lieu à réparation et supposant par le fait même un préjudice concret. Aussi les tentatives de vol, par exemple, n'entraînaient-elles aucune responsabilité.

D'autres règles seront cependant élaborées en matière d'atteintes aux droits de la collectivité. Car si, au début, le préjudice constituait là aussi une condition préalable de la responsabilité, les choses changeront lorsque se précisera la distinction entre les délits commis *casu*, par accident, et *dolus*, c'est-à-dire intentionnellement. Lorsque le *dolus* deviendra l'élément essentiel, les actes préparatoires, le commencement d'exécution, et ainsi de suite, qui en sont des manifestations extérieures, suffiront à entraîner la responsabilité pénale¹³.

8. Voir *op. cit. supra*, note 6.

9. Code pénal français de 1810, modifié, 79^e éd., 1981-1982, Paris, Jurisprudence Dalloz, 1981, art. 59.

10. *Das Deutsche Strafgesetzbuch*, 1975, à jour au mois de juin 1980, par. 27(2) et 49(1).

11. Bynkershoek, *Observ. jus rom.* III, 10, app. I, p. 72; Feuerbach, *Lehrbuch des Gen. Peinl. Strafrechts*, Giessen, 1849, p. 48 et 39, note I; Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 1^{re} éd., Paris, 1855, p. 122, note.

12. Voir, par exemple, *Cujas Observat* VIII 32; XV, 25; Matthaeus D'Utrecht, *de Criminibus*, Comment. ad lib. pand., XLVII et XLVIII, Anst., 1644.

13. Voir Plin., *Historia* 18, 3. Le parricide de Festus V.

Quoi qu'il en soit, la simple intention (*nuda cogitatio*) n'a jamais revêtu un caractère criminel en droit romain, tout comme dans les droits modernes. En effet, le terme *voluntas*, dans la maxime *voluntas reputatur pro facto*, désignait l'intention manifestée par un acte concret¹⁴.

C'est pourquoi il n'était en réalité pas nécessaire, en droit romain, de recourir de manière spécifique à la notion de tentative pour les infractions supposant le *dolus*. On utilisait plutôt la notion d'acte tendant à la consommation d'une infraction, sans établir de distinction entre les actes préparatoires et l'exécution. La *lex Cornelia de sicariis*, par exemple, mettait sur le même pied le meurtre, la tentative de meurtre et les divers actes commis en vue du meurtre, et rendait leur auteur passible de la même peine. La même règle s'appliquait aux *crimina ordinaria*, les crimes graves.

C'est sur ces règles que sera fondée la théorie de la responsabilité pénale élaborée par les auteurs de traités européens¹⁵. On y distinguait la tentative, les actes préparatoires, les faits psychologiques internes, et ainsi de suite; et ces distinctions revêtiront une importance particulière lorsque s'imposera le principe de la légalité, suivant lequel toute infraction doit être précisément définie par un texte. D'où la difficile recherche de la certitude dans la définition de la tentative et des infractions inchoatives. L'héritage du droit romain est toutefois plus évident en matière de tentative que dans le domaine des conseils et du complot. Il semble en effet que ce soit une particularité du droit anglais que d'en être venu à considérer les conseils et le complot comme des infractions spécifiques (alors que d'une manière générale, le droit européen y voit une forme de tentative).

Pendant ce temps, le common law se serait élaboré sur le principe inverse. On disait que la responsabilité découlait des actions, et non des intentions. Pour reprendre l'expression de Pollock et de Maitland, [TRADUCTION] «c'est une règle générale de l'ancien droit que ne sont pas punissables ceux qui ont tenté de commettre une infraction, sans la commettre effectivement¹⁶».

Il était facile d'expliquer la raison d'être de cette supposée règle générale. Les actions relèvent du domaine public, elles sont un élément du monde extérieur et tous peuvent en être témoins, tandis que les pensées ont un caractère privé, elles font partie de la vie intérieure de chacun et les autres les ignorent. Comme le faisait observer le juge en chef Brian dès 1477, [TRADUCTION] «on ne peut juger les intentions d'un homme, car même le diable ne les connaît pas¹⁷». La solution retenue, selon l'opinion générale, par le common law ancien pouvait donc très bien se justifier.

14. «Cogitationibus prenam nemo patitur»: Aulus Gellius Digest XLVIII, 29.

15. Il convient cependant de souligner que la doctrine classique, et en particulier le droit français, ont ramené la théorie à quatre concepts : l'auteur, les coauteurs, les complices et les *recelevis*. Voir Merle et Vitu, *op. cit. supra*, note 6, p. 613; Dalloz, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1977, vol. 2, p. 1.

16. *Op. cit. supra*, note 7, p. 477, note 5.

17. (1477) 17 Edw. IV 2 (Cour de l'Échiquier).

Par ailleurs, les conséquences de la règle allaient de soi. L'action constituerait la condition à la fois nécessaire et suffisante de la responsabilité pénale. Elle justifierait par elle-même le châtement, l'intention criminelle pouvant sans doute en être inférée. La simple intention sans élément matériel complet, comme dans le cas de la complicité, de la tentative et des conseils, ne serait pas punissable.

Et dans une certaine mesure, ces conséquences se sont matérialisées. Sans aucun doute, en effet, la notion de *deodand* confirme que l'élément matériel est suffisant pour entraîner la responsabilité pénale, de même que le principe voulant que chacun soit tenu d'assumer les conséquences de ses actes¹⁸. Il est certain aussi que la nécessité de l'élément matériel se manifeste par l'hésitation du droit à imputer la responsabilité sans élément matériel complet; on n'a qu'à penser à la réticence du common law à condamner le complice avant que l'auteur principal ne l'ait été¹⁹, ou au fait qu'avant l'établissement de la Chambre étoilée au seizième siècle, les auteurs de tentative ou d'incitation demeuraient impunis²⁰.

L'existence d'un élément matériel n'était cependant pas indispensable dans tous les cas. Car en ce qui concerne la trahison, notamment — et cette règle remonte au moins au *Statute of Treasons* de 1351 (25 Ed. III, chap. 2) — étaient punissables certains faits relevant purement de l'intention, le complot contre la vie du roi, par exemple; et il est permis de croire que si (aux termes du *Statute of Treasons*) l'accusé devait [TRADUCTION] «pouvoir être déclaré coupable d'un acte manifeste», cela ne concernait que la preuve et non l'essence même de l'infraction²¹. Chose plus importante pour nous, par ailleurs, certaines décisions anciennes de common law montrent qu'il était possible d'engager sa responsabilité pénale à titre de complice d'une infraction, que celle-ci ait effectivement été commise ou non. C'est ainsi qu'un prévenu qui avait comploté en vue d'un meurtre mais avait échoué dans sa tentative sera déclaré coupable de *felony*, tout comme s'il avait bel et bien commis le meurtre²².

18. L'origine de la notion de *deodand* réside dans l'antique croyance que la culpabilité pèse non seulement sur l'agent, mais également sur l'objet inanimé par lequel il a commis son forfait. Par exemple, si une épée est employée pour la commission d'un meurtre, non seulement l'auteur est coupable, mais aussi l'épée qui est confisquée par la Couronne à titre de *deodand* (et cela même lorsqu'elle appartient à un tiers innocent). Voir Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, 7^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1956, vol. 3, p. 47.

19. Voir Holdsworth, *op. cit. supra*, note 18, vol. 3, p. 308.

20. Selon Stephen, la doctrine relative à la tentative tire son origine de la Cour de la Chambre étoilée. Voir J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 1883, réimpression, New York, Burt Franklin, 1964, vol. 2, p. 223-224. Souscrivent notamment à ce point de vue C. Kenny dans J. W. Cecil Turner, éd., *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1966, p. 101 et F. B. Sayre dans son article intitulé «Criminal Attempt», (1928) 41 *Harvard L. Rev.* 821.

21. Voir Sir Matthew Hale, *The History of the Pleas of the Crown*, 1736, réimpression, Londres, Professional Books, 1971, vol. 1, p. 108 :

[TRADUCTION]

Le complot contre la vie du roi constitue un acte de haute trahison, même s'il n'est pas mis à exécution; mais comme le complot ne constitue qu'un fait de l'esprit, et ne peut par lui-même être condamné sans un acte manifeste qui en constitue la preuve, l'existence d'un tel acte manifeste est nécessaire pour faire du complot ou de la pensée, un acte de haute trahison.

22. Dans une affaire jugée en 1322 (15 Edw. II 463), le juge Spigurrel parle d'une affaire où une femme et son amant avaient comploté la mort du mari de la femme et l'avaient attaqué, en croyant avoir causé sa mort. Mais le mari avait survécu, et pourtant les amants ont été arrêtés et condamnés. L'homme a été pendu et la femme, envoyée au bûcher.

Avant même la création de la Chambre étoilée, certains faits militaient contre la théorie traditionnelle touchant l'importance primordiale de l'élément matériel en common law. En premier lieu, l'élément moral en viendra peu à peu à être considéré comme indispensable pour la condamnation²³. En deuxième lieu, la tentative deviendra punissable au même titre que les infractions pleinement consommées²⁴. En troisième lieu, une forme de complot, soit le fait de conspirer pour faire porter de fausses accusations, était déjà considérée comme une infraction avant le *Case of Duels* (1615) à la Chambre étoilée²⁵. Enfin, la complicité et les infractions inchoatives n'étaient pas tenues pour essentiellement différentes : on y voyait deux aspects d'une même notion²⁶.

C'est à juste titre, on ne peut le nier, que la doctrine classique insiste sur le rôle joué par la Chambre étoilée, en particulier dans le domaine du complot. Soucieux d'affermir le pouvoir royal et de centraliser le recours légitime à la force, ce tribunal cherchera inévitablement à empêcher les duels. À cette fin, il étendra la responsabilité des complices aux témoins et autres personnes participant à la préparation du combat, que celui-ci ait lieu ou non; on considèrerait donc comme des complices ceux qui aujourd'hui seraient plutôt regardés comme des auteurs de tentative, d'incitation ou de complot²⁷.

23. Voir J. W. Cecil Turner, *Russell on Crime*, 12^e éd., Londres, Stevens, 1964, p. 18-26.

24. Cela a été reconnu très tôt par les auteurs. Voir, par exemple, E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 1644, p. 69; W. Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, 8^e éd., 1824, p. 113; Stephen, *op. cit. supra*, note 20, p. 222.

25. Du reste, l'histoire du complot est très intéressante. Il n'existe apparemment aucune preuve qu'une infraction spécifique de complot ait existé en common law avant l'adoption des dispositions comprises dans l'*Ordinance of Conspirators* de 1305. La notion de complot tire son origine d'un texte de loi, qui avait été adopté pour résoudre un problème bien précis, à savoir les accusations abusives. Cette infraction avait un lien plus étroit avec les atteintes à l'administration de la justice qu'avec toute autre action. En outre, ce n'était pas l'acte de complot qui constituait l'essence de l'infraction, mais plutôt le préjudice subi par le demandeur en raison des accusations portées à tort contre lui. À l'origine, le complot était une infraction véritable, pleinement consommée, qui n'avait absolument rien d'inchoatif.

26. Les tribunaux, semble-t-il, punissaient l'intention plutôt que la conduite, et l'intention avait un caractère tout aussi répréhensible si l'infraction n'était pas consommée. La conduite servait tout simplement à établir l'intention condamnable. Ce point de vue est repris dans la jurisprudence postérieure. Voir, par exemple, *R. v. Scofield*, (1784) Cald. Mag. Rep. 397, p. 403, propos de lord Mansfield :

[TRADUCTION]

Tant qu'une action demeure au stade de l'intention, elle n'est pas punissable par nos lois; mais dès lors qu'une action est commise, le droit juge non seulement celle-ci, mais également l'intention qui l'accompagne; et si elle est assortie d'une intention illégale et malicieuse, l'action elle-même eût-elle autrement été innocente, elle devient criminelle et punissable vu le caractère criminel de l'intention.

Voir également *R. v. Higgins*, (1801) 2 East 5, 102 E.R. 269, p. 275 (le juge Grose) :

[TRADUCTION]

Si un vol qualifié avait effectivement été commis, l'incitateur serait coupable de *felony*. L'incitation, cependant, constitue l'infraction, même si elle n'a pas les mêmes conséquences, selon que l'infraction qui en fait l'objet (s'il s'agit d'une *felony*) est commise ou non. La culpabilité du complice est bien souvent tout aussi grande que celle de l'auteur principal; et même parfois, elle justifie un châtiment plus sévère.

27. C'est la solution qui a été retenue dans le célèbre *Case of Duels*, (1615) 2 St. Tr. 1033, où la Cour a décidé ceci :

[TRADUCTION]

Et à l'unanimité, le tribunal a exprimé son opinion : Qu'en vertu du droit ancien de ce pays, tout préparatif et combinaison visant à l'exécution d'actes illégaux, même si ceux-ci ne sont pas exécutés, ne sont pas punissables par la peine de mort, sauf dans le cas de trahison, et certains autres cas particuliers prévus par des textes de loi, mais ils sont tout de même punissables en tant que *misdeemeanors* et *contempts*; et que les infractions de cette nature relèvent de la compétence du présent tribunal.

Pour ce faire, on se fondait, semble-t-il, sur le droit antérieur, mais en mettant l'accent, du moins pour ce qui a trait au complot, sur la notion de *confederating* (complot à plusieurs)²⁸.

Après l'abolition de la Chambre étoilée, ce sont les tribunaux ordinaires qui prennent la relève sur le plan de l'évolution du droit. Désormais, les règles sur la complicité et les infractions inchoatives emprunteront des voies différentes. Les deux notions seront en effet considérées comme bien distinctes, la première concernant les modes de participation à une infraction consommée, la seconde visant des infractions complètes en soi²⁹. Aussi au dix-neuvième siècle, dans l'affaire *Gregory*³⁰, décidera-t-on qu'un texte de loi portant sur la complicité ne pouvait s'appliquer dans le cas d'une incitation n'ayant pas donné lieu à une infraction. Le lien entre la complicité et les infractions inchoatives, soit la participation à une infraction par des actions tendant à sa consommation, avait donc disparu.

L'existence de ce lien avait manifestement été perçue tant par Macaulay³¹ que par Wright³², mais non par Stephen³³, semble-t-il. Rejetant les règles complexes du common law en matière de complicité, les deux juristes auront recours à un concept plus général, celui de l'*abetment* (encouragement). Macaulay désignait par ce terme l'instigation, le complot et l'aide intentionnelle³⁴ et Wright, l'aide, l'assistance, l'instigation, les conseils et l'incitation³⁵, peu importe que le fait principal soit commis ou non. En plus d'instituer une infraction distincte de tentative, ils rangeaient dans la catégorie générale d'*abetment* tous les types de complicité (y compris le recel de malfaiteur), sans égard à la commission effective du fait principal.

Pour sa part, Stephen s'en tiendra à ce qui était devenu la solution traditionnelle. Tant dans le *Digest*³⁶ que dans l'*English Draft Code*³⁷, il considérera comme deux

28. Le tribunal s'est fondé sur le droit antérieur, en prétendant qu'il ne faisait qu'interpréter les lois relatives au complot déjà en vigueur. Voir, par exemple, *The Poulterers' Case*, (1610) 9 Co. Rep. 55.
29. Après la suppression de la Chambre étoilée, les tribunaux de common law ne semblent pas avoir accordé beaucoup de crédit à cet organisme pour ce qui est de l'invention du concept de responsabilité pour tentative et incitation. Ils ont plutôt tenu compte de la «doctrine ancienne», qui assimilait la volonté à l'action, et soutenait qu'une intention répréhensible manifestée par un acte concret était punissable. Au début, ils ne modifièrent la doctrine que dans la mesure où la personne qui tentait de commettre une *felony* n'était pas responsable de l'infraction consommée de *felony*, mais plutôt de *high misdemeanor*. Voir *Mr. Bacon's Case*, (1664) 1 Lev. 146; Mich. 16 Car II dans B.R. 341; *R. v. Scofield*, *supra*, note 26, et *R. v. Higgins*, *supra*, note 26, p. 269.
30. *R. v. Gregory*, (1867) 1 L.R. 77.
31. En 1837, T. B. Macaulay rédige un projet de code criminel qui deviendra par la suite le *Indian Penal Code*, Acte XLV de 1860.
32. R. S. Wright, *Drafts of a Criminal Code and a Code of Criminal Procedure for the Island of Jamaica*, Londres, HMSO, 1877.
33. J. Stephen, *English Draft Code*, Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences with an Appendix Containing a Draft Code Embodying the Suggestions of the Commissioners, Londres, HMSO, 1879.
34. *Indian Penal Code*, Acte XLV de 1860, chap. V (notamment l'article 107).
35. Wright, *op. cit. supra*, note 32, en particulier les chapitres IV et V.
36. J. Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, Londres, Macmillan, 1877, Chapitre IV (sur la complicité de crimes consommés) et Chapitre V (sur la responsabilité pour les infractions inchoatives).
37. Stephen, *op. cit. supra*, note 33, réimpression dans 6 Parl. Pap., articles 71, 72 et 73 sur la complicité d'infractions consommées, et articles 74, 419 à 424 sur la responsabilité pour les infractions inchoatives.

choses bien distinctes la complicité et les infractions inchoatives. Il ne fera donc que codifier, dans une large mesure, les règles de common law existantes en matière de complicité, de tentative, d'incitation et de complot.

C'est cette codification que reprendront les rédacteurs de notre *Code criminel* de 1892³⁸, dont les dispositions, sauf quelques modifications mineures, sont demeurées en vigueur jusqu'à ce jour³⁹.

II. Le droit actuel

Les règles actuelles sont toutefois énoncées à divers endroits. En ce qui concerne tant la complicité que les infractions inchoatives, on les trouve en partie dans les dispositions générales du *Code criminel* actuel, en partie dans de nombreuses dispositions particulières et en partie dans la jurisprudence.

A. La complicité

(1) Les dispositions générales

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 22 et 23 :

21. (1) [Parties à une infraction] Est partie à une infraction quiconque

a) la commet réellement,

38. *Le Code criminel du Dominion du Canada (1892)*, articles 61, 62, 63 (sur la complicité d'infractions consommées) et l'article 64 (sur la responsabilité pour des infractions inchoatives). Soulignons que les tribunaux ont conclu à l'existence d'une infraction d'incitation (au sujet de laquelle aucune disposition distincte n'existait dans le *Code* de 1892) en interprétant l'alinéa 61*d*), et ont ainsi établi le lien entre les deux types de responsabilité secondaire pour les conseils et l'incitation. Voir, par exemple, *Brousseau v. The King*, [1918] 56 S.C.R. 22, 29 C.C.C. 207, 39 D.L.R. 114; cet arrêt a été suivi dans *R. v. Gordon and Gordon*, [1937] 2 W.W.R. 455, 79 C.C.C. 315 (C.A. Sask.).

39. *Le Code criminel*, S.C. 1953-1954, chap. 51, modifiait le *Code* de 1892 de la manière suivante : retrait de l'infraction consistant à «conseiller à quelqu'un de commettre une infraction ou la lui faire commettre» de la disposition générale sur la participation (à l'origine, l'article 61); dispositions à ce sujet dans un article distinct (le nouvel article 22); et adjonction du nouvel article 407 traitant de l'incitation demeurée sans résultat. Par ces modifications, le législateur a complètement rompu le lien entre les deux types de responsabilité secondaire. En outre, l'expression «est fauteur et coupable d'infraction ...» figurant à l'article 61 du *Code* de 1892, a été modifiée, devenant «est partie à une infraction quiconque ...» à l'article 21 du *Code* de 1955, ce qui rendait obscure la conséquence découlant d'une participation à un crime.

Lors de la modification du *Code* en 1974-1975-1976, le législateur a abrogé le paragraphe 23(3), qui rendait excusable la complicité après le fait pour les femmes mariées, si elles donnaient l'aide en question en présence et sur l'autorité de leur mari. Depuis leur adoption en 1892, les dispositions régissant la tentative n'ont subi aucune modification d'importance.

b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou

c) encourage quelqu'un à la commettre.

(2) **[Intention commune]** Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction

22. (1) **[Personne qui conseille à une autre de commettre une infraction]** Lorsqu'une personne conseille à quelque autre personne d'être partie à une infraction ou l'y incite et que cette dernière y devient subséquemment partie, la personne qui a conseillé ou incité est partie à cette infraction, même si l'infraction a été commise d'une manière différente de celle qui avait été conseillée ou incitée.

(2) **[Idem]** Quiconque conseille à une autre personne d'être partie à une infraction ou l'y incite est partie à chaque infraction que l'autre commet en conséquence du conseil ou de l'incitation et qui, d'après ce que savait ou aurait dû savoir celui qui a conseillé ou incité, était susceptible d'être commise en conséquence du conseil ou de l'incitation.

23. (1) **[Complice après le fait]** Un complice après le fait d'une infraction est celui qui, sachant qu'une personne a été partie à l'infraction, la reçoit, l'aide ou assiste en vue de lui permettre de s'échapper.

(2) **[Quand le mari ou la femme n'est pas complice après le fait]** Nulle personne mariée dont le conjoint a été partie à une infraction n'est un complice après le fait de cette infraction, parce qu'elle reçoit, aide ou assiste le conjoint en vue de lui permettre de s'échapper.

(2) Les dispositions particulières

Étant donné leur formulation, les articles 21 et 22 sembleraient devoir s'appliquer à toutes les dispositions de la partie spéciale du *Code*. En réalité cependant, leur caractère universel se trouve amoindri par de nombreuses dispositions particulières qui, un peu au hasard, imposent de manière spécifique la responsabilité pénale à ceux qui aident, encouragent, provoquent ou incitent autrui à commettre certains actes. Citons, par exemple, l'alinéa 72b) — provoquer une personne à se battre en duel; l'alinéa 76d) — conseiller à une personne de commettre des actes de piraterie ou l'y inciter; l'article 402 — aider une personne à commettre certains actes de cruauté envers les animaux.

(3) La jurisprudence

En dépit des dispositions générales et particulières figurant dans le *Code criminel*, les règles sur la complicité n'y sont pas toutes comprises. C'est en effet en consultant la jurisprudence que l'on saura en quoi consiste l'aide et l'encouragement criminels⁴⁰, quel est l'élément moral constitutif de l'encouragement⁴¹, quels sont les effets de la contrainte⁴² et du désistement volontaire⁴³.

B. La tentative

(1) Les dispositions générales

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24, 421 et 587 :

24. (1) [Tentatives] Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but, est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre.

(2) [Question de droit] Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission par une personne qui a l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas une simple préparation à la perpétration de l'infraction, et trop lointaine pour constituer une tentative de commettre l'infraction.

421. [Punition de la tentative et de la complicité] Sauf dans les cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des personnes qui tentent de commettre des infractions ou sont complices, après le fait, de la perpétration d'infractions, savoir:

a) Quiconque tente de commettre un acte criminel pour lequel, sur déclaration de culpabilité, un accusé est passible d'une condamnation à mort ou de l'emprisonnement à perpétuité, ou est complice, après le fait, de la perpétration d'un tel acte criminel, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans;

40. Voir *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881, (1979) 8 C.R. (3d) 349; *R. v. Meston*, (1975) 34 C.R.N.S. 323, 28 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.).

41. Voir *R. v. Curran*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 151 (C.A. Alb.), autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée, [1978] 1 R.C.S. xi, 38 C.C.C. (2d) 151, note en bas de page; *R. v. Barr*, (1975) 23 C.C.C. (2d) 116 (C.A. Ont.).

42. Voir *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189, 30 C.C.C. (2d) 417, 39 C.R.N.S. 257.

43. Voir *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, 38 C.R.N.S. 139, 31 C.C.C. (2d) 177.

b) Quiconque tente de commettre un acte criminel pour lequel, sur déclaration de culpabilité, un accusé est passible d'un emprisonnement de quatorze ans ou moins, ou est complice, après le fait, de la perpétration d'un tel acte criminel, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement égal à la moitié de la durée du plus long emprisonnement encouru par une personne coupable dudit acte; et

c) Quiconque tente de commettre une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ou est complice, après le fait, de la perpétration d'une telle infraction, est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

587. [Lorsque la consommation d'infraction n'est pas prouvée] Lorsque la consommation d'une infraction imputée n'est pas prouvée, mais que la preuve établit une tentative de commettre l'infraction, l'accusé peut être déclaré coupable de la tentative.

(2) Les dispositions particulières

Outre les dispositions générales, il existe plusieurs dispositions particulières touchant la tentative. Mentionnons, par exemple, l'article 72 — tentative de provocation en matière de duel; le paragraphe 108(1) — tentative de corruption de fonctionnaires judiciaires; le paragraphe 112(2) — tentative d'influencer un fonctionnaire municipal; l'article 127 — tentative d'entrave à la justice; l'article 222 — tentative de meurtre; et enfin le paragraphe 326(1) — tentative d'emploi d'un document contrefait.

(3) La jurisprudence

Sur la question de l'élément matériel, les tribunaux ont utilisé divers critères : acte non équivoque, dans l'affaire *Olhauser*⁴⁴, critère de l'arrêt *Cheeseman* dans l'affaire *Quinton*⁴⁵ et critère du «dernier acte» dans l'affaire *Courtemanche and Bazinet*⁴⁶. Quant à l'élément moral, il en est question dans l'arrêt *Ancio*⁴⁷ et la question de l'impossibilité est traitée dans l'arrêt *Burgess*⁴⁸.

44. *R. v. Olhauser*, (1970) 11 C.R.N.S. 334 (C.A. Alb.). Selon ce critère, on dépasse le stade des actes préparatoires et l'on commet une tentative lorsque ces actes visent sans équivoque à une fin criminelle.

45. *R. v. Quinton*, [1947] S.C.R. 234. Le critère *Cheeseman* tire son origine de l'affaire *R. v. Cheeseman*, (1862) Le & Ca 140, et a été approuvé par Stephen, *op. cit. supra*, note 36, article 47. Selon ce critère, il faut [TRADUCTION] «un acte ... s'inscrivant dans une série d'actes, qui constituerait la ... commission véritable [d'un crime] s'il n'était pas interrompu».

46. *R. v. Courtemanche and Bazinet*, [1970] 3 C.C.C. 139, 9 C.R.N.S. 265. Dans ce cas, l'on considère que le prévenu est coupable de tentative s'il a accompli tout ce qu'il lui était nécessaire de faire en vue de la consommation d'un crime.

47. *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, 6 D.L.R. (4th) 577.

48. *R. v. Burgess*, [1976] 33 C.C.C. (2d) 126 (C.A. C.-B.).

C. Les conseils

(1) Les dispositions générales

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 422 :

422. [Conseiller, etc., une infraction qui n'est pas commise] Sauf dans les cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des personnes qui conseillent à d'autres personnes de commettre des infractions, ou les y amènent ou incitent, savoir :

a) Quiconque conseille à une autre personne de commettre un acte criminel, ou l'y amène ou incite, est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'un acte criminel et encourt la même peine que celui qui tente de commettre cette infraction; et

b) Quiconque conseille à une autre personne de commettre une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, ou l'y amène ou incite, est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(2) Les dispositions particulières

Tout comme dans le cas de la complicité, le *Code* comporte de nombreuses dispositions particulières suivant lesquelles la responsabilité pénale peut découler de l'incitation restée sans résultat. Citons simplement l'article 76 — incitation à des actes de piraterie, l'article 81 — recommander un combat concerté, et l'article 134 — faciliter une évasion⁴⁹.

(3) La jurisprudence

Les dispositions du *Code* ne sont pas explicites sur les éléments moral et matériel requis pour la constitution des infractions consistant dans les conseils et l'incitation, ni sur l'effet du désistement volontaire, du dessein différent et de l'impossibilité. La rare jurisprudence existante apporte certains éclaircissements sur ces questions⁵⁰.

49. En tout, il existe plus de vingt-cinq dispositions particulières sur l'incitation dans le *Code*.

50. Voir, par exemple, *R. v. McLeod*, (1970) 12 C.R.N.S. 193, 1 C.C.C. (2d) 5 (C.A. C.-B.) où l'on étudie la signification du terme «conseiller». Voir aussi *R. v. Walia* (No. 1), (1975) 9 C.R. (3d) 293 (C.A. C.-B.); *R. v. Glubisz* (No. 2), (1979) 9 C.R. (3d) 300 (C.A. C.-B.); et *Attorney-General's Reference* (No. 1 of 1975), [1975] 2 All E.R. 684 (C.A.), qui portent sur la signification du terme anglais «procure».

CHAPITRE TROIS

Les lacunes du droit actuel

Le document de travail 29, intitulé *Partie générale : Responsabilité et moyens de défense*, est consacré aux règles générales qui limitent la portée des dispositions du droit pénal spécial. La Commission y soutenait que la partie générale assume un triple rôle : (1) elle organise le droit pénal en édictant des règles générales, ce qui évite les répétitions; (2) elle en assure la cohésion en donnant à ces règles un ordre logique et rationnel, ce qui les rend plus faciles à appliquer; (3) elle le clarifie en énonçant des principes directeurs qui mettent en lumière son esprit et son objet. Selon nous, ce triple rôle concerne également les règles de la partie générale qui étendent la portée des dispositions du droit pénal spécial; il s'applique non seulement à la responsabilité et aux moyens de défense, mais également à la complicité et aux infractions inchoatives.

À la lecture des dispositions reproduites ci-dessus, on constatera cependant qu'elles ne remplissent parfaitement aucun des trois rôles qui leur sont attribués. De toute évidence, le législateur n'a pu éviter les répétitions. Il n'a pu non plus donner aux règles en question un ordre suffisamment logique et rationnel, ce qui porte à croire que leur application est de ce fait plus difficile. Il est aussi permis de penser que les principes directeurs des règles, leur esprit et leur objet demeurent empreints de confusion.

Ces défauts relèvent pour la plupart davantage de la forme que du fond. Dans le premier cas, elles concernent le manque de généralité des dispositions en cause, dans le deuxième, leur agencement désordonné et dans le troisième, leur manque d'exhaustivité, de même que l'objectivisme, le flou et l'incohérence qui les caractérisent.

I. Le manque de généralité

Les règles en vigueur dans ce domaine du droit ne revêtent pas un caractère suffisamment général; on y relève en effet un excès de détails, de nombreuses répétitions ainsi que des chevauchements. Les dispositions générales sont complétées par de nombreuses dispositions particulières qui, au regard d'infractions spécifiques (notamment le meurtre), régissent la complicité, la tentative ou les conseils. Cela peut être justifié par la nécessité d'imposer des peines plus sévères dans certains cas, mais il serait préférable de le faire de manière plus directe par le moyen de dispositions générales relatives à la sentence. Les textes d'incrimination spécifiques risquent en effet de donner lieu à des chevauchements et de s'avérer incompatibles avec les dispositions générales.

II. L'agencement désordonné

Le manque de cohésion se manifeste à deux égards. En matière de tentative, tout d'abord, on trouve des dispositions de caractère général à deux endroits différents : la définition figure à l'article 24, sous le titre *Parties aux infractions*, tandis que la sanction est décrite dans une tout autre partie du *Code*, soit à l'article 421. Ensuite, en ce qui a trait aux conseils, les dispositions générales ont sans doute été regroupées (il s'agit des articles 422 et 423) mais vu l'endroit où elles se trouvent, le lien n'est que partiellement établi entre cette infraction inchoative et celle de la tentative et l'on ne voit aucunement le rapport qui peut exister entre les conseils ayant donné lieu à une infraction et les conseils demeurés sans résultat.

III. Le manque d'exhaustivité

Les dispositions du *Code criminel* sont incomplètes, certaines de leurs lacunes étant toutefois comblées par les règles de common law. S'il ne s'agit pas dans tous les cas de lacunes liées à des questions importantes, il n'en demeure pas moins impossible, pour cette raison, de trouver dans le *Code* un tableau complet de la situation.

Ce manque d'exhaustivité découle en bonne partie d'oubli et de maladresses sur le plan de la rédaction. Prenons le cas des dispositions sur la participation aux infractions. À ce sujet, le *Code*, conformément à la tradition du common law, adopte la classification suivante : commission, aide, encouragement, entraide avec une intention commune (paragraphe 21(2)) et conseils. Nulle part, cependant, le législateur ne parle de la responsabilité des complices. De façon systématique, le *Code* n'impute expressément la responsabilité pénale qu'à celui qui commet effectivement l'infraction, tandis que ceux qui aident ou encouragent l'auteur principal ne se la voient imputer qu'implicitement⁵¹. En outre, le législateur n'apporte aucune précision sur la nature de la commission : on n'y trouve pas un mot sur la commission par un agent innocent, ni aucune disposition générale sur les coauteurs (le paragraphe 21(2) vise certainement un cas très spécial). Troisième exemple : à l'article 22, relatif à la complicité, le législateur utilise les termes «conseille» et «incite» alors qu'à l'article 422, en matière d'infractions inchoatives, il emploie «conseille», «amène» et «incite». Faut-il en conclure, par application du principe d'interprétation *expressio unius est exclusio alterius*⁵², qu'il existe un mode additionnel de provocation dans le cas des infractions non consommées?

51. Il convient de souligner que l'article 61 du *Code canadien initial*, soit le *Code criminel*, 1892, précisait quel était l'effet de la complicité d'une infraction : «Est fauteur et coupable d'infraction celui qui ...»; les mots en italique ont été supprimés lors de la modification de 1953-1954, d'où l'incertitude actuelle.

52. La mention de l'un implique l'exclusion de l'autre. H. Broom, *A Selection of Legal Maxims*, 10^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1973, p. 443.

Le manque d'exhaustivité se fait également sentir au regard de l'élément matériel. Bien sûr, les difficultés qui se posent à cet égard tiennent dans une certaine mesure à la grande diversité des formes sous lesquelles l'aide, la tentative, etc., peuvent se présenter. Il n'en demeure pas moins que certaines règles, qui pourraient et devraient être énoncées dans le *Code*, ne le sont pas. Par exemple, les expressions «accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider ...» (alinéa 21(1)b)⁵³ et «... fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but ...» (article 24) n'ont de sens qu'à la lumière des principes généraux du common law régissant les omissions. Et le terme anglais *abet* (encouragement), qui ne fait manifestement pas partie du langage courant, n'est défini nulle part. Les dispositions portant sur l'aide et les conseils ne comportent aucune définition, et elles ne précisent pas non plus s'il est nécessaire que l'aide⁵⁴ ou les conseils⁵⁵ s'avèrent efficaces. Celles qui régissent la tentative, enfin, n'apportent aucun éclaircissement sur une question controversée : où se situe la ligne de démarcation entre les actes préparatoires et le commencement d'exécution⁵⁶?

Les dispositions générales du *Code* se révèlent également incomplètes en ce qui a trait à l'élément moral. Dans le cas de l'aide, par exemple, l'alinéa 21(1)b) du *Code* énonce qu'il consiste dans le dessein d'aider l'auteur principal, mais les tribunaux ont élargi la portée de ce critère : il suffit de prévoir que sa conduite aidera l'auteur principal; c'est ainsi que l'insouciance est punissable en cette matière⁵⁷. En ce qui concerne l'encouragement, par ailleurs, l'élément moral n'est aucunement précisé⁵⁸; et dans le cas des conseils, on ne sait pas de façon certaine si l'intention est requise ou si l'insouciance suffit⁵⁹. Pour ce qui est de la tentative, enfin, les dispositions du *Code* sont rédigées de telle façon qu'à l'égard de certaines infractions, le meurtre par exemple,

53. Voir *infra*, note 66.

54. Les auteurs ne s'entendent pas sur cette question. Pour certains, l'inutilité de l'aide n'a aucune pertinence. Voir J. Fortin et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, p. 354, et D. R. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, Toronto, Carswell, 1982, p. 495. Par contre, voir V. Gordon Rose, *Parties to an Offence*, Toronto, Carswell, 1982, p. 17, ainsi que J. C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law*, 4^e éd., Londres, Butterworths, 1978, p. 116.

55. Cependant, les tribunaux ont jugé qu'une personne ne peut être déclarée coupable en tant que complice en vertu de l'article 22 si l'incitation demeure sans résultat : *R. v. Deutsch*, (1983) 5 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.). Il n'est pas certain, cependant, que dans le cas d'une accusation portée en vertu de l'article 22, le ministère public soit tenu de prouver qu'une infraction a été commise par suite de l'incitation. Voir Rose, *op. cit. supra*, note 54; *R. v. Soloway*, (1975) 28 C.C.C. (2d) 212 (C.A. Alb.).

56. C'est pourquoi les tribunaux se sont rarement fondés sur l'article 24 pour répondre à la question. Ils ont plutôt eu recours aux critères élaborés au Canada et à l'étranger. Voir *supra*, notes 44 à 46.

57. Voir, par exemple, *R. v. Halmo*, (1941) 76 C.C.C. 116 (C.A. Ont.); *R. v. Kulbacki*, [1966] 1 C.C.C. 167 (C.A. Man.); *R. v. Farduto*, (1912) 21 C.C.C. 144 (C.A. Qué.).

58. Le terme «encouragement» semble signifier une contribution morale à la perpétration d'une infraction, qu'il s'agisse d'inciter autrui à la commettre, ou de l'y amener. Aussi les tribunaux ont-ils considéré comme nécessaire l'existence d'une intention. Voir, par exemple, *R. v. Curran*, (1977) 38 C.C.C. (2d) 151 (C.A. Alb.); *R. v. Jupiter*, (1983) 35 C.R. (3d) 286 (C.A. Ont.).

59. Les tribunaux ont été forcés d'étudier cette question. Voir, par exemple, *R. c. Kyling*, [1970] R.C.S. 953; *R. v. McLeod*, *supra*, note 50; *David v. R.*, [1974] C.A. 97, (1979) 9 C.R. (3d) 189 (C.A. Qué.); *R. v. Gonzague*, (1983) 9 W.C.B. 344 (C.A. Ont.).

deux interprétations différentes sont possibles au regard de l'élément moral : (1) intention de provoquer le résultat visé par le texte d'incrimination — *Ancio*⁶⁰; et (2) intention d'accomplir un acte pouvant vraisemblablement provoquer ce résultat — *Lajoie*⁶¹.

Les moyens de défense, notamment ceux qui revêtent un caractère général, suscitent également certains problèmes. D'après le common law, ils profitent tant aux complices qu'à l'auteur principal. Mais lorsqu'il s'agit de moyens de défense visés par la codification, comme celui de la contrainte⁶², les complices doivent-ils invoquer le moyen de défense de common law, ou celui prévu au Code? Cette question n'est réglée par aucune disposition de celui-ci. D'autres difficultés se posent au sujet de certains moyens de défense spécifiques, tels le désistement volontaire et l'impossibilité, dont il n'est nullement question dans les dispositions sur la complicité ou les conseils⁶³. Et même dans le cas des dispositions sur la tentative, qui excluent l'impossibilité comme moyen de défense, des incertitudes demeurent. Les actions accomplies en vue de commettre une infraction qu'il était impossible de commettre ne pourraient-elles pas être visées dans les dispositions du paragraphe 24(2), et partant être «trop lointaines pour constituer une tentative»⁶⁴? Et qu'en est-il des actions accomplies en vue de commettre ce que le prévenu tient pour une infraction, mais qui en réalité n'en est pas une?

60. *Supra*, note 47.

61. *Lajoie c. La Reine*, [1974] R.C.S. 399, (1973) 10 C.C.C. (2d) 313. Voir *infra*, l'analyse de cette décision.

62. Il n'est pas certain que le moyen de défense de contrainte morale puisse être invoqué à l'égard d'une accusation portée en vertu du paragraphe 21(1). Dans l'arrêt *Paquette c. La Reine*, *supra*, note 42, la Cour suprême du Canada semble avoir approuvé la décision anglaise *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653 (H.L.), où une personne accusée d'avoir aidé et encouragé une autre à commettre une infraction, a pu invoquer avec succès le moyen de défense de la contrainte morale.

63. En outre, la jurisprudence ne nous apporte pas grand-chose sur ces moyens de défense. En ce qui concerne la tentative, par exemple, il semble que ce soit dans l'affaire *R. v. Carey*, [1957] S.C.R. 266, que la Cour suprême du Canada a étudié le plus attentivement cette question; elle semble y avoir implicitement reconnu la possibilité d'invoquer le désistement volontaire. Cependant, comme la majorité des juges ont conclu dans cette espèce qu'il n'y avait aucune preuve d'un tel désistement volontaire, leur opinion sur la validité de ce moyen de défense n'est qu'un *obiter dictum*.

64. On peut aussi se demander si les tribunaux incluraient l'impossibilité de droit dans les dispositions de l'article 24, c'est-à-dire, s'ils l'excluraient également à titre de moyen de défense. À notre connaissance, aucun tribunal canadien n'a eu à trancher cette question. De nombreux auteurs estiment toutefois que les tribunaux, en dépit des dispositions du paragraphe 24(1), se conformeraient à la règle de common law, qui interdit la condamnation pour une tentative visant une infraction impossible en droit. Voir par exemple A. D. Gold, «To Dream the Impossible Dream: A Problem in Criminal Attempts (and Conspiracy) Revisited», (1979) 21 C.L.Q. 218; et G. Williams, «Attempting the Impossible — A Reply», (1979) 22 C.L.Q. 49.

IV. L'objectivisme, le flou et l'incohérence

Finalement, les règles actuelles laissent à désirer par suite de l'objectivisme, du flou et de l'incohérence qui les caractérisent. L'objectivisme transparaît dans les dispositions du paragraphe 21(2) :

Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou *devait savoir* que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction. [C'est nous qui soulignons]

Cette disposition déroge aux principes généraux régissant l'élément moral, selon lesquels la négligence est écartée⁶⁵. Par ailleurs, comme la loi ne définit pas en quoi doivent consister l'aide, l'encouragement et les conseils, en définitive toute action autre que la simple présence sur les lieux du crime pourrait être visée⁶⁶; force est donc de conclure qu'à cet égard, les règles actuelles sont floues et risquent de donner lieu à une répression exagérée. Quant à l'incohérence, on la relève à deux égards : (1) les complices sont passibles des mêmes peines que les auteurs véritables, mais dans le cas de la tentative, etc., la peine est variable (peine entière pour les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, moitié de la peine pour la plupart des actes criminels, mais quatorze ans d'emprisonnement dans le cas du meurtre); et (2) tandis que la commission et la complicité ont un équivalent inchoatif, soit la tentative et les conseils, l'aide et l'encouragement n'ont pas de semblable pendant. Il s'agit là d'une dissymétrie qu'auraient certainement relevée Macaulay et Wright⁶⁷.

65. La gravité de cette dérogation aux principes régissant la faute n'est nulle part plus apparente que dans les décisions portant sur le meurtre par interprétation, prévu aux articles 213 et 214. Voir, par exemple, *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. v. Riezhos*, (1975) 26 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.); *R. v. McLean*, (1976) 31 C.C.C. (2d) 140 (C.A. Ont.); *R. v. Gamble and Nichols*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 415 (C.A. Alb.); *Stuart*, *op. cit. supra*, note 54, p. 502.

66. Aux termes des alinéas 21(1b) et c), toute conduite, notamment de simples paroles ou gestes, peut être suffisante si elle encourage l'auteur à commettre l'infraction. Voir *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, *supra*, note 40, p. 891.

Pour être pénalement responsable d'aide et d'encouragement, le prévenu doit normalement avoir accompli une action, mais lorsqu'il est en mesure de maîtriser l'auteur et qu'il assiste à la perpétration du crime, on a même jugé qu'un simple acquiescement peut être suffisant. Voir *National Coal Board v. Gamble*, [1959] 1 Q.B. 11, p. 25, décision approuvée dans *Tuck v. Robson*, [1970] 1 W.L.R. 741. L'application de ce principe a, dans le cas des infractions relatives à la conduite des véhicules, subi une telle extension que la capacité de maîtriser l'auteur peut être inférée du simple fait de la propriété du véhicule. Voir *R. v. Halmo* et *R. v. Kulbacki*, *supra*, note 57. La simple présence sur les lieux du crime peut établir l'aide et l'encouragement, si elle s'accompagne d'autres éléments. Voir, par exemple, *R. v. Black*, (1970) 10 C.R.N.S. 17 (C.A. C.-B.), et *Re A.C.S.*, (1969) 7 C.R.N.S. 42 (C.S. Qué.). Cependant, la jurisprudence n'est pas uniforme. Voir, par exemple, *R. v. Sulajko*, (1970) 9 C.R.N.S. 145 (C.A. Ont.); *R. v. Clow*, (1975) 25 C.C.C. (2d) 97 (C.S. Î.-É.); *R. v. Cruise*, (1970) 9 C.R.N.S. 225 (C. prov. Man.).

67. *Op. cit. supra*, notes 31 et 32.



CHAPITRE QUATRE

Une nouvelle approche

Il est donc possible de conclure que les règles actuelles en matière de responsabilité secondaire sont d'une manière générale bien fondées, mais présentent des défauts. On pourra remédier à ceux-ci, dans le nouveau code pénal, à quatre conditions. Premièrement, toutes les règles pertinentes, sans exception, devront être rassemblées dans un même chapitre consacré à la responsabilité secondaire. Deuxièmement, ces règles devront être cohérentes, dépourvues de toute contradiction et fondées sur des principes harmonieux. Troisièmement, elles devront se caractériser par la modération : il faudra éviter l'incrimination d'actes essentiellement innocents et légitimes. Enfin, toutes ces dispositions devront être rédigées sans détours, dans un style clair, de sorte qu'elles soient facilement compréhensibles et aisées à appliquer.

On pourra parvenir à l'exhaustivité par trois correctifs : (1) regroupement de toutes les règles au même endroit du *Code*, sans aucun recours à des dispositions particulières ou aux règles de common law; (2) énonciation expresse — et non implicite — de la responsabilité pénale de *toutes* les personnes ayant participé à une infraction (et non seulement des auteurs véritables); et (3) définition claire des trois modes de perpétration possibles : seul, avec une autre personne, par l'intermédiaire d'un agent innocent.

Pour assurer la cohérence, trois mesures pourraient être prises : (1) expliquer dans le chapitre pertinent de la partie générale comment la complicité et les infractions inchoatives sont liées à la même notion, à savoir les actions tendant à la consommation d'une infraction; (2) restreindre la responsabilité pénale secondaire aux actions (tentative, etc.) tendant à l'exécution d'infractions criminelles (et non d'infractions réglementaires ou prévues dans les lois provinciales); (3) organiser de façon rationnelle les peines auxquelles donne lieu la responsabilité secondaire.

On pourra enfin éviter l'incrimination outrancière en cherchant à atteindre la clarté maximale et en situant dans des limites raisonnables les éléments matériel et moral constitutifs de la responsabilité secondaire.

I. La responsabilité secondaire : structure proposée

En matière de commission, de complicité et d'infractions inchoatives, on peut établir deux distinctions. On peut en premier lieu distinguer les personnes qui participent à une infraction pleinement consommée et celles qui participent à une infraction qui ne l'est pas : c'est en fait la distinction entre les infractions consommées et les infractions inchoatives. En second lieu, on peut opposer les personnes qui commettent des infractions spécifiques à celles qui commettent d'autres actes tendant à la consommation de telles infractions : il s'agit de la distinction entre responsabilité principale et responsabilité secondaire.

L'élaboration d'un nouveau régime dans ce domaine pourrait être fondée sur l'une ou l'autre de ces distinctions. Par exemple, on pourrait poser tout d'abord que la responsabilité pénale d'une personne peut être engagée de deux façons : (1) commission d'une infraction et (2) action tendant à la consommation d'une infraction. On préciserait ensuite qu'une infraction ou un acte tendant à la consommation d'une infraction peut être commis individuellement, conjointement ou par l'intermédiaire d'un agent innocent. Enfin, en ce qui concerne les actes tendant à la consommation d'une infraction, on pourrait préciser qu'ils peuvent être accomplis aussi bien avant que pendant la perpétration de l'infraction principale, et aussi bien sur les lieux où celle-ci est commise qu'ailleurs.

Dans cette hypothèse, la complicité et les infractions inchoatives seraient remplacées par une seule infraction, consistant à accomplir une action tendant à la consommation d'une infraction. L'intérêt de cette solution tient à ce qu'elle ferait ressortir le fondement commun de ces notions, qui à l'heure actuelle n'est pas apparent étant donné que la responsabilité des complices est considérée comme indirecte et celle des auteurs d'infractions inchoatives, comme principale. Les délinquants seraient responsables des actes qu'ils commettent eux-mêmes et non (comme actuellement les complices) des actes commis par une autre personne et, comme il se doit, le fait que l'auteur principal commette ou non l'infraction en cause n'aurait aucune incidence sur la responsabilité des personnes qui accomplissent une action tendant à la consommation de celle-ci.

Cette dernière caractéristique est irréfutable au point de vue de la logique. En premier lieu, le complice et l'auteur d'une tentative demeurée sans résultat sont sans doute aussi à blâmer, sur le plan moral, que l'auteur principal et que la personne qui a réussi à commettre l'infraction projetée; dans le cas de la tentative, le résultat n'est qu'une question de hasard, si l'on se met dans la peau de l'auteur. En deuxième lieu, il peut arriver que le complice, et non l'auteur principal, soit la véritable «âme dirigeante» de l'affaire. En troisième lieu, celui qui accomplit une action tendant à la consommation d'un crime est parfois tout aussi dangereux que l'auteur principal : la maladresse de celui qui échoue dans sa tentative peut être compensée par son éventuel désir de revenir à la charge.

Le droit, cependant, ne repose pas sur la logique, mais plutôt sur l'expérience. Intuitivement — bien que cela pêche peut-être contre la logique — on se dit que l'auteur d'un crime mérite davantage le blâme social que le complice, ou que l'auteur d'une tentative avortée. On tend en outre à déterminer la peine non seulement suivant le résultat envisagé par le délinquant, mais également suivant le résultat effectif. Il semble aller de soi, par exemple, que la tentative de meurtre justifie une peine moins sévère que le meurtre lui-même. Enfin, il est permis de croire qu'en prévoyant une peine moindre pour les crimes imparfaits, la loi encouragerait le désistement volontaire.

Pour ces raisons, nous croyons que le nouveau régime, tout en ayant recours au concept unificateur de l'action tendant à la consommation d'une infraction, devrait maintenir la distinction traditionnelle entre les infractions parfaites et les infractions inchoatives. Il conviendrait donc en premier lieu d'établir deux classifications parallèles. En matière d'infractions parfaites, tout d'abord, la responsabilité pénale pourrait découler de trois types de participation :

- (1) perpétration;
- (2) aide;
- (3) incitation.

En matière d'infractions non parfaites, ensuite, elle pourrait de la même façon découler de trois types d'actions :

- (1) tentative de perpétration;
- (2) aide demeurée sans résultat (lorsque la personne qui bénéficie de l'aide ne commet pas le crime en question);
- (3) incitation demeurée sans résultat (lorsque la personne incitée à commettre le crime ne le commet pas effectivement).

En deuxième lieu, trois modes de perpétration devraient être énoncés dans ce nouveau régime, comme ce serait le cas dans l'autre régime envisageable. Premièrement, on peut agir seul, c'est-à-dire individuellement. Deuxièmement, la perpétration peut avoir lieu par l'intermédiaire d'un agent innocent — on amène un tiers, qui n'est pas coupable, à accomplir l'action prohibée. Troisièmement, la perpétration peut être conjointe — on accomplit l'action avec d'autres personnes. Cette classification est applicable tant en matière d'infractions parfaites que d'infractions non parfaites.

Il importe d'établir avec soin la distinction entre aide et perpétration conjointe. La perpétration conjointe suppose le partage du crime : une personne en commet une partie, une autre en commet une autre partie. Parfois, comme le soulignait Williams, leur contribution est impossible à différencier : [TRADUCTION] «Si deux voyous frappent à coups répétés un homme à la tête et que celui-ci en meure, les deux sont coupables

de meurtre⁶⁸». Il peut aussi arriver que le crime comporte deux éléments et que chacun des auteurs en commette un : [TRADUCTION] «Dans le cas du vol qualifié, qui est formé de deux éléments, soit le vol et la violence, une personne peut commettre le vol pendant que son comparse profère les menaces de violence, et les deux sont coauteurs⁶⁹». En revanche, celui qui ne fait qu'aider l'auteur principal ne participe pas à l'acte criminel lui-même : [TRADUCTION] «Supposons que X poignarde un homme pendant que son compagnon Y immobilise le bras de la victime de façon à l'empêcher de se défendre ... Y est [simplement] complice⁷⁰».

Il conviendrait enfin, dans le nouveau régime, d'organiser les peines de façon rationnelle. Premièrement, pour les raisons données ci-dessus, la sanction devrait être moins sévère à l'égard des crimes imparfaits qu'à l'égard des crimes pleinement consommés; nous proposons une peine réduite de moitié, ce qui est conforme aux règles actuelles. Deuxièmement, la peine devrait être la même pour tous les types de participation aux crimes imparfaits. Troisièmement, elle devrait également être la même pour tous les types de participation aux crimes pleinement consommés; l'auteur de l'aide et de l'incitation devrait être exposé au même châtiment que l'auteur du fait principal, car dans certains cas il est autant, voire même davantage, coupable que ce dernier.

Il ne faudrait cependant pas renoncer pour autant, dans le nouveau régime, au concept d'action tendant à la consommation d'une infraction. Pour tous les types de participation autres que la perpétration d'une infraction pleinement consommée, on devra définir cette participation comme une action — tentative, aide, incitation — tendant concrètement à la consommation du crime spécifique en cause. L'élément moral serait formé d'une intention en ce sens, et l'élément matériel d'une action tendant concrètement à la consommation. Dans tous les cas, le juge des faits serait tenu de répondre à la même question : le prévenu a-t-il accompli une action tendant concrètement à la consommation d'un crime, et avait-il une intention en ce sens?

On aura remarqué une innovation dans le régime proposé : l'aide demeurée sans résultat. Contrairement à l'incitation, l'aide n'est source de responsabilité pénale, selon les règles actuelles, que s'il y a commission du fait principal. Or, suivant le nouveau régime, celle-ci n'aurait plus aucune incidence sur la responsabilité.

Cette solution est sans aucun doute la bonne. Les règles actuelles présentent en effet une lacune d'importance. Une personne engage sa responsabilité pénale si elle entreprend de commettre un crime, que celui-ci soit pleinement consommé ou non. Elle l'engage aussi lorsqu'elle incite autrui à commettre un crime, même si l'incitation demeure sans résultat. Par contre, lorsqu'elle aide autrui à commettre un crime, sa responsabilité n'est engagée que si cette autre personne le commet effectivement.

68. G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1983, p. 330.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

Comment justifier cela? En matière d'actions tendant à la consommation d'un crime, devrait-on établir une distinction selon que le fait principal est commis ou non? Sans doute est-il possible de soutenir que lorsque le crime n'est pas commis, l'aide est trop anodine, trop éloignée pour que le châtiment soit justifié. Par contre, la personne qui accomplit délibérément une action tendant à la consommation d'un crime, en incitant ou en aidant autrui à le commettre, n'est pas moins blâmable ou moins dangereuse si le crime en question n'est pas commis. Sa conduite est en effet répréhensible en soi, puisqu'elle vise à la consommation d'un crime, et le caractère criminel de cette conduite ne devrait pas dépendre de la commission de l'infraction principale.

Finalement, la règle établie par l'actuel paragraphe 21(2) serait abolie. À cet égard, une distinction s'impose. Il y a en premier lieu la question de savoir si la personne qui forme avec une autre le projet de commettre un crime devrait être pénalement responsable à cet égard; ce problème sera étudié plus loin. Il faut en second lieu se demander si l'on devrait considérer cette personne comme complice d'un crime commis par l'autre personne pour concrétiser le projet commun, ce qui est une tout autre question. La règle actuelle prête le flanc à la critique en ce qu'elle considère cette personne comme complice d'un crime, si elle *devait* savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de celui-ci, alors qu'en principe la responsabilité pénale suppose l'intention ou l'insouciance. Aux termes du paragraphe 21(2), en outre, la personne qui n'a accompli aucune action tendant concrètement à la consommation d'un crime peut être déclarée complice; or celui qui ne fait que s'entendre avec d'autres pour accomplir une telle action, tout comme la personne qui décide seule de le faire, ne contribue pas véritablement à la perpétration du crime. Pour ces raisons, nous croyons que la règle instituée au paragraphe 21(2) devrait être abrogée purement et simplement.

L'un des plus importants objectifs du nouveau régime consiste dans la détermination des éléments moral et matériel de la responsabilité secondaire. Normalement, on s'attache tout d'abord à l'étude de l'élément matériel, puisque dans la commission d'un crime, c'est ce qui importe le plus (le fait d'infliger des lésions corporelles, par exemple, qui revêt manifestement un caractère criminel). Ce n'est qu'ensuite que l'on s'intéresse à l'élément moral, qui est souvent inféré du fait matériel (habituellement, on n'inflige pas de blessures à autrui sans en avoir l'intention). Mais lorsqu'il s'agit de la responsabilité secondaire, on adopte l'ordre inverse parce qu'une action peut souvent paraître légitime à première vue, et n'être condamnable qu'en raison de l'intention révélée par d'autres indices. C'est pourquoi, tandis que dans le cas des crimes pleinement consommés l'élément matériel peut permettre de conclure à l'existence d'un élément moral, c'est souvent l'inverse qui se passe dans le domaine de la responsabilité secondaire : on connaît l'élément moral, et il faut chercher l'élément matériel. Aussi étudierons-nous d'abord l'élément moral.

II. L'élément moral

A. Les principes en cause

Quel devrait être l'élément moral constitutif des infractions relevant de la responsabilité secondaire? Disons tout d'abord que la responsabilité pénale découlant d'actions tendant à la consommation d'une infraction pénale est semblable à celle qu'entraînent le meurtre, l'incendie volontaire et le vandalisme. L'action tendant à la consommation d'une infraction est en effet assimilable à cet égard aux crimes caractérisés par un résultat.

Dans le cas de ces crimes, rappelons que divers types d'élément moral sont possibles⁷¹. Ils peuvent être commis intentionnellement : dans le cas du meurtre, par exemple, l'auteur a l'intention de tuer quelqu'un. Ils peuvent être commis sans intention directe, mais néanmoins sciemment, avec une intention «oblique»; citons l'exemple du saboteur qui, bien que ne voulant pas causer la mort des passagers d'un avion, considère que leur mort est nécessaire à la réalisation de son dessein, celui-ci consistant dans la destruction de l'appareil. On peut aussi commettre ces crimes par insouciance, comme lorsqu'une personne continue de tirer sur une cible tout en sachant qu'elle risque d'atteindre la personne qui se trouve tout près. Ils peuvent enfin être commis par imprudence (le prévenu n'était pas conscient du risque, mais aurait dû l'être).

(1) L'intention

Parmi ces quatre formes d'élément moral, lesquelles conviendrait-il de retenir en matière de responsabilité secondaire? En ce qui concerne l'intention, aucun doute possible : si les crimes constituent des atteintes à des valeurs fondamentales, tel le caractère sacré de la vie, les actions accomplies en vue de leur consommation doivent certainement être considérées comme répréhensibles en soi. Le même raisonnement s'applique en matière de connaissance ou d'intention oblique : les atteintes portées à des valeurs sociales fondamentales conservent leur caractère répréhensible même lorsqu'elles ne sont que des moyens indispensables à la réalisation de l'objectif poursuivi, ou lorsqu'elles sont une conséquence indirecte et inévitable de celui-ci.

(2) L'imprudence

L'imprudence, en revanche, ne devrait pas engager la responsabilité secondaire. Dans ce cas, la personne qui accomplit une action tendant à la consommation d'une infraction le fait d'une manière non intentionnelle, et ne sait pas que son action risque

71. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *L'homicide* [Document de travail 33], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984, p. 43-53.

de favoriser la commission du crime en question. Sa faute consiste dans le manque d'attention : elle *aurait* dû se rendre compte que sa conduite accroîtrait la probabilité que l'infraction soit perpétrée. En soi, ce manque d'attention ne porte pas atteinte à des valeurs fondamentales ni ne les menace; il ne justifie donc pas l'intervention du droit pénal. Cela est du reste conforme à la doctrine traditionnelle, qui ne considère l'imprudence comme susceptible d'engager la responsabilité pénale que dans des cas exceptionnels.

(3) L'insouciance

Entre l'intention et l'imprudence se situe le cas de l'insouciance (*recklessness*, en anglais). La personne qui accomplit une action qu'elle sait être de nature à tendre à la consommation d'une infraction (sans avoir de certitude à cet égard, ce qui constituerait plutôt une intention oblique, comme nous l'avons vu ci-dessus) devrait-elle être tenue pour pénalement responsable? P tente d'administrer un narcotique à X en étant conscient que cela risque de le tuer, tient à Y des propos qu'il sait être de nature à pousser ce dernier à tuer X, ou encore prête sa voiture à Z tout en sachant que ce dernier risque de l'utiliser pour aller tuer X. Si X n'est pas tué, la responsabilité pénale de P devrait-elle être engagée pour des actions tendant à la consommation de l'homicide? Et si l'homicide est effectivement commis, P devrait-il être tenu pour complice? Sa responsabilité est-elle engagée du fait de son insouciance?

Pour répondre à ces questions, il convient sans doute de rappeler tout d'abord la définition du terme anglais *recklessness*. Dans le langage courant, le sens de ce mot est relativement vague et *reckless* est souvent synonyme de «très imprudent». En droit pénal, cependant, *reckless* a un sens bien précis et signifie [TRADUCTION] «prendre délibérément un risque grave et injustifiable⁷²».

Dans cette définition, le mot clef est «injustifiable». Comment peut-on déterminer, dans chaque cas, si le risque peut être justifié? En matière civile, les règles régissant l'imprudence et la négligence permettent de dégager trois critères : la gravité du préjudice risquant d'être provoqué, sa probabilité, et l'obligation pour l'agent d'adopter une autre conduite — dans quelle mesure devrait-il lui être interdit d'accomplir des actions légitimes en soi, voire susceptibles de présenter une très grande utilité sociale⁷³?

Dans le contexte de la responsabilité secondaire, la personne accomplit une action qu'elle sait être de nature à accroître la probabilité qu'un crime soit commis, une action qui tend à la consommation de ce crime. Par analogie avec les règles du droit civil relatives à la négligence et à l'imprudence, nous pourrions soutenir que plus grave est le crime, et plus grande la probabilité qu'il soit commis, plus il convient d'imputer la responsabilité pénale à la personne qui accomplit une action tendant à sa consommation.

72. Voir, par exemple, *R. v. Caldwell*, [1981] 1 All E.R. 961 et *R. v. Lawrence*, [1981] 1 All E.R. 974.

73. Voir, par exemple, A. Linden, *Canadian Negligence Law*, Toronto, Butterworths, 1972 et Sir. J. W. Salmond, *Law of Torts*, Londres, Sweet and Maxwell, 1977.

Un autre élément doit cependant être pris en considération. En ce qui concerne les crimes ordinaires caractérisés par un résultat, il existe un lien de causalité direct entre l'action et le préjudice qui en découle. Dans le cas des actions tendant à la consommation d'une infraction, en revanche, qu'il s'agisse d'aide ou de conseils apportés à autrui (mais non de tentative, il faut le noter), le lien de causalité est indirect, car il s'exerce par l'intermédiaire d'une personne dotée de la volonté. Plus grande est la responsabilité de cette dernière, plus restreinte est manifestement celle de l'instigateur⁷⁴.

Il faut aussi tenir compte de l'obligation de l'agent initial. Dans quelle mesure peut-on exiger de lui qu'il cesse une action entreprise dès qu'il s'aperçoit qu'elle risque d'amener une autre personne à commettre un crime? Dans les exemples donnés ci-dessus, faut-il conclure que P n'est plus libre de dire le fond de sa pensée à Y, ou de prêter sa voiture à Z, à cause des actes que ceux-ci risquent de faire par la suite? Et si ce que P veut dire est la vérité? Faut-il taire celle-ci? Ou encore, s'il exploite une entreprise de location de voitures, doit-il s'abstenir de conclure la transaction?

Devant ces arguments, une conclusion semble pouvoir être tirée : en matière d'actions tendant à la consommation d'une infraction, l'élément moral devrait consister exclusivement dans l'intention (directe ou indirecte). La responsabilité pénale devrait être imputée seulement aux personnes qui accomplissent des actions en vue de la consommation d'un crime, ou en sachant que leurs actions auront nécessairement cette conséquence. Elle ne devrait pas découler d'actions qui ne sont que fortement susceptibles de donner lieu à la commission du fait principal.

S'agit-il là d'un critère exagérément restrictif? Supposons que P prête à X son pistolet bien qu'il sache que ce dernier s'en servira probablement pour tuer Y. Cette insouciance ne devrait-elle pas engager sa responsabilité pénale? Chose certaine, le caractère répréhensible de l'aide est fonction de la gravité de l'infraction qui risque d'être commise.

On peut répondre de diverses façons à cet argument. Premièrement, plus l'infraction qui risque d'être commise est grave, moins il est probable que la personne qui fournit de l'aide à l'auteur principal le fasse sans intention coupable; habituellement, celui qui prête une arme à feu à une personne qu'il sait avoir des dispositions au meurtre ne le fait pas innocemment.

Deuxièmement, en limitant la responsabilité secondaire, à l'égard des actes qu'autrui risque d'accomplir, aux cas où l'agent a l'intention de favoriser la consommation d'une infraction, on ne s'écarte pas des règles de common law en vigueur au sujet de cette question de la causalité. Dans l'affaire *Beatty v. Gillbanks*⁷⁵, par exemple, des membres de l'Armée du Salut avaient manifesté dans une rue où ils prévoyaient un affrontement violent avec des casseurs connus sous le nom de «Skeleton Army»; or,

74. Voir H. Hart et A. Honoré, *Causation in the Law*, 1959, réimpression, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 336 et s., pour une intéressante étude de toute cette question.

75. *Beatty v. Gillbanks*, (1882) 9 Q.B.D. 308.

on a jugé qu'ils ne s'étaient pas rendus coupables d'assemblée illégale, parce qu'un acte parfaitement légitime ne devient pas criminel pour la seule raison qu'il peut amener d'autres personnes à se livrer à des agissements illégaux. Dans un autre cas, par contre, soit la décision *Wise v. Dunning*⁷⁶, un orateur avait organisé des assemblées publiques où, par son langage et ses gestes, il ridiculisait fortement la foi d'un grand nombre des personnes de l'endroit, les poussant ainsi à troubler l'ordre public; il fut relaxé sous condition qu'il ne viole pas la paix et qu'il se conduise bien. Sa responsabilité était engagée, selon Smith et Hogan⁷⁷, parce qu'il avait enflammé son auditoire, qui avait alors perdu son libre arbitre, tandis que dans l'autre affaire, les membres de la «Skeleton Army» ne pouvaient prétendre imputer à autrui leur comportement violent.

Troisièmement, il faut tenir compte du sens courant des termes «tentative», «conseils» et «incitation». Ils supposent l'intention que l'infraction principale soit commise : la tentative implique le dessein de faire ce que l'on tente de faire, et celui qui incite autrui à commettre une infraction ne le fait pas sans raison, il espère que son incitation ne demeurera pas sans résultat.

En droit, certains termes peuvent bien sûr prendre un sens particulier. Il peut s'avérer commode de donner un sens restreint à un mot qui, dans la langue courante, a une signification plus large. Le terme «nuit», par exemple, a été défini en common law et ensuite à l'article 2 du *Code criminel* comme «la période comprise entre neuf heures du soir et six heures du matin le lendemain».

Cependant, le terme «incitation» et les autres termes apparentés n'ont pas acquis pareil sens technique. En langage juridique comme en langage courant, l'incitation suppose l'intention d'amener autrui à commettre l'infraction en question, et la tentative suppose l'intention de consommer le crime qui en fait l'objet⁷⁸.

B. Le dessein différent

Supposons que P conseille à X de commettre un crime, ou l'aide à le commettre. Il prévoit que X va exécuter le crime A, mais en réalité c'est le crime B qui est perpétré. P devrait-il être pénalement responsable d'avoir accompli une action tendant à la consommation du crime B?

Dans certains cas, il faut manifestement répondre par l'affirmative. Par exemple, X demande à P de lui prêter son pistolet pour tirer sur V et le blesser; P accepte et X, comme il en avait l'intention depuis le début, tue V d'un coup de pistolet. On verrait mal P tenter de se disculper en prétendant qu'il ne pensait pas que X voulait tuer V. Il devrait certainement être déclaré complice d'homicide, voire de meurtre.

76. *Wise v. Dunning*, [1902] 1 K.B. 167, [1900-3] All E.R. 727.

77. *Op. cit. supra*, note 54, p. 754.

78. Voir *R. v. Whybrow*, (1951) 35 G. App. R. 141, et *Ancio, supra*, note 47.

Cela n'est toutefois pas vrai dans tous les cas. Supposons que X demande à P de lui prêter son pistolet en disant qu'il veut le cacher sur V pour faire accuser celui-ci de vol; P prête son pistolet à X, qui s'en sert pour tuer V. Ici, P serait sans doute fondé, s'il est accusé de meurtre, à alléguer qu'il n'a prêté le pistolet que dans le dessein d'aider X à incriminer V.

Le principe applicable est sans doute le suivant. D'une manière générale, la responsabilité pénale d'une personne ne devrait pas être engagée à l'égard d'une infraction qu'elle aide ou encourage une autre personne à commettre, si cette dernière commet une infraction différente de celle projetée. Ce principe devrait toutefois être inapplicable quand la différence ne tient qu'à l'identité de la victime ou à la gravité de l'infraction. Donc, si P prête son pistolet à X pour que ce dernier tue Y, mais qu'en réalité X s'en sert pour tuer Z, P pourrait être déclaré complice : il voulait aider X à commettre un meurtre. S'il prête son pistolet à X pour que ce dernier inflige des blessures graves à Y, et que les blessures causent la mort de Y, la responsabilité de P serait également engagée, car personne n'était en mesure de savoir avec certitude que les blessures ne seraient pas suffisamment graves pour provoquer la mort de Y. Si P prête son pistolet à X pour que ce dernier s'en serve à titre de menace pendant un vol de banque, et que X tue un commis en l'utilisant, la responsabilité de P pour complicité de meurtre devrait être déterminée au regard de ce critère : la différence entre l'utilisation du pistolet envisagée (menaces) et l'utilisation véritable (meurtre) est-elle une différence de degré ou une différence de nature? À notre avis, il s'agit là d'une question qui devrait dans tous les cas être tranchée par le juge des faits à la lumière de l'ensemble de la preuve.

C. Le cas de l'infraction impossible

Supposons que P tente de commettre le crime X, qu'il incite E ou aide F à le commettre, et que le crime en question s'avère impossible. Sa responsabilité pénale est-elle engagée à l'égard du crime X?

Habituellement, la question de l'infraction impossible est étudiée dans le contexte de la tentative et, pour simplifier les choses, c'est également ce que nous ferons ici. Soulignons cependant que notre analyse s'applique à toutes les actions tendant à la consommation d'une infraction, qu'il s'agisse d'incitation, d'encouragement, d'aide, et ainsi de suite.

Rappelons pour commencer que l'impossibilité peut se présenter sous différentes formes. En premier lieu, il existe deux types d'impossibilité de fait. L'impossibilité peut tenir aux circonstances : par exemple, il n'y a pas d'argent dans la poche où le pickpocket plonge la main. Elle peut aussi revêtir un caractère général; ainsi, on ne peut sans doute pas tuer par le moyen du vaudou. En second lieu, l'impossibilité de droit peut également se présenter de deux façons. Elle peut découler des circonstances;

par exemple, les biens ne peuvent faire l'objet d'un vol, puisqu'ils appartiennent à P à son insu. L'infraction peut également être impossible en raison du droit en vigueur, lorsque le «crime» envisagé, le suicide, par exemple, ne constitue plus une infraction.

(1) L'impossibilité de fait

En matière d'impossibilité de fait, le common law propose les solutions suivantes⁷⁹. Lorsque l'impossibilité découle d'une circonstance inconnue de l'agent, la responsabilité de celui-ci ne devrait pas être réduite. Par exemple, le fait que la poche où le pickpocket plonge la main soit vide ne restreint aucunement la culpabilité de celui-ci, ne le rend pas moins dangereux. Mais lorsqu'il s'agit d'une impossibilité qui tient à la nature même des choses, aucune responsabilité ne devrait être imputée à l'agent, puisque le tueur potentiel ne présente jamais un danger véritable. Le fait de tenter de commettre un meurtre par le vaudou, par exemple, bien qu'il ne soit pas moins répréhensible que les tentatives exercées par d'autres moyens, est en soi relativement inoffensif⁸⁰.

Le premier cas ne présente donc aucune difficulté. Lorsque le pickpocket plonge la main dans la poche vide d'un passant, c'est simplement le fait du hasard si le vol s'avère impossible. En général, les gens ont de l'argent dans leur poche, de sorte que le geste du pickpocket provoque de l'inquiétude même lorsque ce dernier s'attaque à une poche vide. Normalement, un tel acte entraîne, pour la victime, la perte d'un bien et l'on n'hésite pas à dire qu'il s'agit d'une tentative de vol. Rien ne s'oppose, ni sur le plan des principes ni sur celui de la logique, à ce que l'on tienne le même raisonnement en droit pénal⁸¹.

Le deuxième cas ne pose pas beaucoup de problèmes lui non plus. On considère en général qu'il est impossible de tuer quelqu'un en utilisant le vaudou; si, par conséquent, une personne recourt à ce moyen pour tenter de commettre un meurtre, on n'y verra aucune menace pour la vie humaine. Par contre, quiconque tente de commettre un meurtre avec une arme à feu qu'il croit à tort être chargée, constitue manifestement un danger. Dans les cas où l'impossibilité est absolue, on devrait donc hésiter à faire intervenir le droit pénal⁸².

(2) L'impossibilité de droit

L'impossibilité de droit peut d'abord découler des circonstances. Si une personne tente de «voler» ce qui lui appartient, pourquoi ne devrait-elle pas être responsable de tentative de vol? Tout comme le pickpocket dont la tentative est infructueuse, elle a

79. Voir *R. v. Smith (Roger)* (C.A.), [1975] A.C. 476 (C. des L.).

80. Dans l'affaire *R. v. Osborn*, (1920) 84 J.P. 63, par exemple, le prévenu avait été acquitté de tentative d'avortement, parce qu'en dépit de son intention, il n'avait prescrit qu'une substance inoffensive en vue de procurer l'avortement.

81. C'est d'ailleurs ce qui est prévu par le droit actuel. Voir, par exemple, *Detering c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 583, 31 C.R. (3d) 354; *R. v. Scott*, [1964] 2 C.C.C. 257 (C.A. Alb.).

82. C'est d'ailleurs ce que font les tribunaux à l'heure actuelle. Voir *Osborn*, *supra*, note 80.

l'intention de nuire et accomplit une action pour concrétiser cette intention. En revanche, tandis que le pickpocket a le dessein de commettre une infraction spécifique, notre «voleur», lui, n'a qu'une intention de nuire abstraite (le vol). Dans le premier cas, l'infraction peut être commise, alors que dans le second, elle ne peut absolument pas l'être. Bien sûr, on pourrait blâmer le «voleur» du fait qu'il était disposé à prendre le bien en question (peu importe à qui il appartenait) et donc, d'une manière générale, à violer la loi, mais d'après le droit en vigueur, il ne s'agit pas là d'une infraction. À moins que notre façon d'aborder le droit pénal ne change du tout au tout, sa responsabilité pénale ne sera jamais engagée.

Reste enfin à considérer l'impossibilité de droit qui revêt un caractère essentiel. Notre droit ne réprime que les conduites prohibées par un texte de loi. Celles dont l'auteur croit à tort qu'elles sont interdites ne sont pas davantage punissables que ne sont excusables celles dont l'auteur pense qu'elles sont permises. Ce n'est pas le citoyen qui fait la loi, c'est le législateur, et l'ignorance de la loi ne constitue ni un moyen de défense ni une infraction : elle n'a aucune incidence sur le caractère punissable des conduites, ni dans un sens ni dans l'autre. La personne qui tente de se suicider, par exemple, en pensant à tort qu'il s'agit d'un crime, n'est pas coupable de tentative. En effet, son acte ne fait l'objet d'aucune incrimination spécifique, et il n'existe aucune infraction qui consisterait dans le fait de tenter de violer la loi d'une manière générale.

Sur la question de l'infraction impossible, le nouveau régime adopte donc la solution suivante. Aucune responsabilité pénale ne devrait être imputée à l'auteur d'actions tendant à la consommation d'une infraction qu'il est, par la nature des choses, impossible de commettre par les moyens employés. Aucune responsabilité ne devrait non plus être retenue contre la personne qui accomplit une action tendant à l'exécution d'un fait qui, pour quelque raison que ce soit, n'est pas qualifié d'infraction. Dans tous les autres cas, la nature impossible de l'infraction principale ne devrait aucunement influencer sur la responsabilité pénale découlant des actions tendant à sa consommation.

D. Le désistement volontaire

Supposons que P tente de commettre le crime X mais renonce à son projet, qu'il incite E à le commettre puis cesse toute incitation, ou encore qu'après avoir commencé à aider F à le commettre, il met fin à son aide. Dans l'hypothèse où le désistement traduit véritablement un changement d'attitude psychologique et ne découle pas d'un fait extérieur à l'agent (par exemple l'approche d'un policier) et en tenant pour acquis qu'il précède la consommation du fait principal et ne constitue pas tout simplement une tentative infructueuse, quelle est la responsabilité de P?

Selon les pays, on a donné diverses réponses à cette question. En France⁸³ et en Allemagne⁸⁴, le désistement volontaire peut être invoqué à titre de moyen de défense, et c'est également la solution proposée par le *Model Penal Code*, qui parle de [TRADUCTION] «l'abandon d'un dessein criminel⁸⁵». Dans la plupart des pays de common law, par exemple l'Angleterre⁸⁶, l'Australie⁸⁷ et sans doute le Canada⁸⁸, malgré le silence du *Code criminel*, c'est la solution contraire qui a été retenue.

Trois arguments militent en faveur de la première solution. La personne qui renonce à un projet criminel est moins à blâmer que celle qui va jusqu'au bout, et la stigmatisation s'avère moins nécessaire dans son cas⁸⁹. Elle constitue un risque moins grand pour la société et l'intervention de la police est moins nécessaire à son égard. En outre,

83. *Code pénal français de 1810*, modifié, 79^e édition, Paris, Dalloz, 1981-1982, article 2 :

Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.

84. *Code pénal allemand de 1871*, 2^e édition mise à jour au 1^{er} février 1955, Baden-Baden, Werverets, 1955, p. 27.

Article 46. La tentative n'est pas punissable :

1) si l'auteur a abandonné l'exécution de son projet sans en avoir été empêché par des circonstances indépendantes de sa volonté;

2) si, à une époque où l'action n'est pas encore découverte, l'auteur a, de son propre fait, empêché les effets nécessaires à la consommation du crime ou du délit.

Ce moyen de défense a été retenu à l'article 28 du *German Draft Penal Code E 1962* (traduction anglaise). The American Series of Foreign Penal Codes, Londres, Sweet and Maxwell, 1966, vol. II, p. 33, et a reçu la caution des rédacteurs du *Alternative Draft of a Penal Code for the Federal Republic of Germany* (traduction anglaise), article 26. The American Series of Foreign Penal Codes, Londres, Sweet and Maxwell, 1977, vol. 21, p. 24.

85. *Model Penal Code* (10 U.L.A.), par. 5.01(4), p. 499-500 :

[TRADUCTION]

Lorsque la conduite de l'agent constituerait autrement une tentative aux termes de l'alinéa 1 b) ou 1c) du présent article, il peut invoquer à titre de moyen de défense nouveau, le fait qu'il a renoncé à sa tentative de commettre le crime ou a d'une autre manière empêché sa commission, dans des circonstances qui traduisent un désistement volontaire et complet. L'établissement de ce moyen de défense n'a cependant aucune incidence sur la responsabilité du complice qui n'a pas pris part à ce désistement ou à cette prévention.

Au sens du présent article, le désistement n'est pas volontaire s'il est motivé, en tout ou en partie, par des circonstances qui n'étaient pas présentes ou apparentes au début de la conduite de l'agent, qui augmentent le risque de déçèlement ou les craintes de l'agent, ou qui rendent plus difficile l'exécution du dessein criminel. Le désistement n'est pas complet s'il est motivé par la décision de retarder la conduite criminelle jusqu'à ce que les circonstances soient plus propices ou de faire porter la tentative criminelle sur une victime ou sur un objectif différent, mais semblable.

86. Voir English Law Commission, *Criminal Law: Attempt, and Impossibility in Relation to Attempt, Conspiracy and Incitement*, Law Com. No. 102, Londres, HMSO, 1980, p. 68.

87. Voir E. Meehan, *The Law of Criminal Attempt*, Toronto, Carswell, 1984, p. 219-220.

88. Voir *R. v. Goodman*, (1873) 22 U.C.C.P. 338; *R. v. Rump*, (1929) 51 C.C.C. 236 (C.A. C.-B.); *R. v. Kosh*, (1964) 44 C.R. 185 (C.A. Sask.).

89. Comme le soutient G. Williams dans *Criminal Law: The General Part*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1961, p. 620 :

[TRADUCTION]

[Lorsque le prévenu a changé d'idée, il ne serait que juste, si c'est possible, de considérer que son intention initiale n'était qu'à demi formée ou provisoire, et de la tenir pour insuffisante au titre de l'élément moral. Lorsque cela n'est pas possible, l'atténuation de la peine serait justifiée, car elle pourrait inciter les autres délinquants à se repentir à temps.

la reconnaissance juridique du désistement volontaire peut l'inciter à abandonner son dessein; elle sera en effet moins tentée de se dire : «puisque la tentative est punie tout comme l'infraction pleinement consommée, je n'ai rien à perdre».

Ces arguments ne sont pas irréfutables, cependant. Car s'il est vrai que le désistement volontaire rend l'agent moins coupable, ce dernier n'en demeure pas moins davantage à blâmer que la personne qui n'a rien entrepris du tout; il ne peut faire comme si rien ne s'était passé. Et si, étant donné la sincérité de son repentir, il constitue un risque moindre pour la société, il peut quand même être considéré comme plus dangereux que s'il n'avait rien fait. Enfin, le désistement peut très bien être encouragé par une certaine souplesse dans la détermination de la peine⁹⁰.

Selon nous, le désistement volontaire ne devrait par conséquent pouvoir entraîner que l'atténuation de la peine. L'acquiescement semble en effet illogique lorsque, dans le cas d'actions tendant à la consommation d'une infraction, l'élément moral et l'élément matériel sont réunis. La solution proposée permet cependant de prendre en considération le désistement volontaire du prévenu.

E. Le cas où l'auteur principal bénéficie d'un moyen de défense

Prenons la situation suivante : P aide ou encourage E à commettre le crime X; E le commet, mais il invoque un moyen de défense valable et est acquitté. Dans quelle mesure la responsabilité pénale de P devrait-elle être engagée à l'égard de ses actions tendant à la consommation du crime X?

À ce sujet, les règles actuellement en vigueur ne sont pas parfaitement claires. Suivant l'article 21 du *Code criminel*, l'aide et l'encouragement ne constituent des actes de complicité qu'à l'égard des infractions que *commet* l'auteur principal. Or, il n'est pas certain que le terme «commet» vise dans ce contexte les cas où l'auteur principal bénéficie d'un moyen de défense⁹¹. Voici les règles que nous proposons à ce chapitre. Lorsque le moyen de défense consiste dans un fait justificatif qui rend parfaitement légitime l'action de l'auteur principal, aucune responsabilité ne devrait être imputée à la personne qui a accompli une action tendant à l'exécution du fait principal. Lorsqu'il consiste dans une excuse, et que le fait principal demeure par conséquent illégal, toute action tendant à la consommation de celui-ci engagerait pleinement la responsabilité de

90. En outre, Fletcher, qui se lance dans une étude approfondie du moyen de défense du désistement volontaire, écarte la thèse selon laquelle la garantie d'immunité encourage les auteurs de tentatives à renoncer à leur projet criminel, et cite l'expérience de la République fédérale allemande, où la loi prévoit le moyen de défense du désistement volontaire, pour montrer la naïveté de l'argument. G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1978, p. 187-188.

91. Voir *R. v. Cogan; R. v. Leak*, [1976] Q.B. 217. Voir cependant *Kemp*, [1964] 2 Q.B. 341, et Williams, *op. cit. supra*, note 68, p. 321.

son auteur; l'aide ou l'incitation serait alors considérée comme de la complicité à l'égard d'une infraction consommée. Enfin, si l'auteur principal peut invoquer une exemption (telle la minorité) ou encore l'absence d'élément matériel (par exemple, les cas d'automatisme) ou d'élément moral (par exemple, l'erreur de fait), mais que ce moyen de défense soit inapplicable à la personne qui accomplit l'action tendant à la consommation de l'infraction (par exemple, parce qu'elle était majeure et a agi volontairement en pleine connaissance de cause), cette dernière serait responsable d'aide ou d'incitation à l'égard d'une infraction non consommée et serait par conséquent passible de la moitié de la peine prévue pour l'infraction spécifique. Il s'agit là d'une solution intermédiaire par laquelle on évite d'une part d'imputer à cette personne la responsabilité d'une infraction qui n'est pas véritablement commise, et d'autre part de l'acquitter purement et simplement lorsqu'elle a effectivement accompli une action tendant à la consommation d'une infraction spécifique.

F. Conclusion

Voici donc les principes qui, selon nous, régissent l'élément moral en matière de responsabilité secondaire :

- (1) Nul ne devrait être tenu pour pénalement responsable d'une action tendant à la consommation d'une infraction à moins d'avoir eu l'intention que celle-ci soit perpétrée.
- (2) Lorsque l'infraction commise diffère de celle qui avait été projetée, la responsabilité pénale est inexistante à moins que la différence tienne uniquement à l'identité de la victime ou à la gravité du préjudice causé.
- (3) Aucune responsabilité pénale ne devrait être imputée pour des actions tendant à la consommation d'une infraction qu'il est impossible de commettre, ou d'actes qui ne sont pas qualifiés d'infraction par le droit pénal.
- (4) Le désistement volontaire ne devrait pas exclure la responsabilité pénale, mais plutôt donner lieu à l'atténuation de la peine.
- (5) La responsabilité de l'auteur du fait principal devrait influencer de la manière suivante sur la responsabilité de la personne ayant accompli une action tendant à sa consommation :
 - a) lorsque l'auteur principal échappe à la responsabilité pénale en raison d'un fait justificatif, aucune responsabilité secondaire ne devrait pouvoir être imputée à quiconque;

b) lorsqu'il a commis une infraction mais qu'il bénéficie d'une excuse, l'entière responsabilité secondaire devrait être imputée à l'égard d'actions tendant à la consommation d'une infraction pleinement consommée;

c) lorsqu'il n'a pas commis d'infraction en raison d'une exemption, ou encore de l'absence de l'élément moral ou de l'élément matériel requis, la responsabilité secondaire devrait être imputée à l'égard d'actions tendant à la consommation d'une infraction non parfaite.

III. L'élément matériel

A. Les principes en cause

À supposer qu'une personne ait l'intention requise, dans quels cas engage-t-elle sa responsabilité pénale pour des actions tendant à la consommation d'une infraction? En quoi devrait consister l'élément matériel de l'incitation, de l'aide et de la tentative?

Il est particulièrement difficile de répondre à cette question lorsqu'il s'agit de responsabilité secondaire. En effet, si l'on peut décrire de façon précise, dans les dispositions du droit pénal spécial, l'élément matériel constitutif des infractions spécifiques, cela s'avère évidemment impossible en matière de tentative, etc., où l'on ne peut faire autrement que de donner des définitions très vagues. Il est plus facile d'énoncer en quoi consiste la commission d'une infraction que de définir ce qu'est une action tendant à sa consommation.

Cela tient en partie à ce que la responsabilité principale est normalement imputée à l'égard d'actes qui causent un véritable préjudice, alors que la responsabilité secondaire découle d'actes qui ne sont que virtuellement préjudiciables, ou qui ne font que contribuer au préjudice occasionné. Les infractions pleinement consommées entraînent habituellement certaines conséquences : décès, lésions corporelles, destruction ou détérioration de biens. Au contraire, les actions qui tendent à la consommation d'une infraction rendent simplement ces conséquences plus probables. Or, tandis qu'il est normalement aisé de savoir si les conséquences en question se sont produites, il peut s'avérer plus difficile de déterminer si l'aide, l'incitation ou la tentative reprochées visaient effectivement à ce que ces conséquences se produisent.

Le problème découle aussi de ce qu'en common law, tout le domaine de la responsabilité secondaire a fait l'objet d'une compartimentation, les divers aspects tels que la tentative, les conseils, l'aide, etc., prenant en outre un sens très précis afin que les cas limites puissent être prévus par la loi. Pourtant, les difficultés que posent certains cas particuliers ne tiennent pas à la signification des termes utilisés, mais plutôt à l'application des règles énoncées. On connaît le sens des termes «tentative», «aide», etc. ou

de tout autre mot utilisé afin de les expliciter; ce que l'on ne sait pas, c'est comment doivent s'appliquer ces notions dans les cas limites. La simple présence peut-elle être considérée comme de l'aide? Où se situe la ligne de démarcation entre la tentative et les actes préparatoires? De telles questions relèvent du juge des faits.

Aussi convient-il, selon nous, d'aborder l'élément matériel dans ce domaine en recourant à des principes généraux. Essentiellement, aucune responsabilité pénale ne peut découler de la simple intention. Cette intention doit en effet s'accompagner d'une action : tentative, aide, incitation. Sous réserve de certains cas particuliers dont il sera question dans un prochain document de travail portant sur l'omission, l'imprudence et la mise en danger, l'inaction ne peut être source de responsabilité ni secondaire ni principale⁹².

Une fois posé que la responsabilité secondaire, comme les autres types de responsabilité pénale, suppose un élément matériel quelconque, il reste à se demander en quoi doit consister cet élément. Les règles régissant la tentative peuvent nous être d'une certaine utilité à cet égard. L'une des deux approches possibles consiste dans la conception objective⁹³: la tentative criminelle est alors considérée comme une conduite qui est en soi suffisamment dangereuse pour justifier la sanction. Selon cette conception, l'élément matériel de la tentative doit consister dans un acte précis, distinct et manifestant l'intention criminelle de son auteur; l'intention seule ne peut faire d'un acte par ailleurs innocent une tentative criminelle. En raisonnant par généralisation, nous pourrions alors soutenir que la responsabilité secondaire suppose des actions distinctes qui, tendant à la consommation d'une infraction, sont dangereuses en soi et traduisent une intention criminelle.

L'autre approche, de nature subjective, est focalisée sur l'agent plutôt que sur l'action⁹⁴. La tentative est alors considérée comme une action accomplie avec une intention criminelle par une personne manifestement dangereuse qui, partant, mérite d'être punie. Ce qui est perçu comme un danger, ici, c'est simplement que l'agent ait commencé à poursuivre son objectif; le critère ne réside pas dans la nature des actions accomplies à cette fin. L'intention de nuire donne un caractère criminel à une conduite qui sans cela serait tout à fait irrépréhensible. Encore par généralisation, nous pourrions dire que toute action tendant dans l'esprit de son auteur à la consommation d'une infraction est punissable, fût-elle anodine, innocente en soi ou très éloignée de l'infraction en question.

En revanche, il convient de ne recourir au droit pénal qu'avec modération, et de réserver son application aux délits graves. La responsabilité secondaire ne devrait donc pas pouvoir être imputée pour des actions anodines, innocentes et susceptibles d'être

92. Il existe essentiellement trois exceptions : 1) lorsque l'omission constitue un crime spécifique; 2) lorsque des obligations légales découlent de certaines relations; et 3) lorsque le fait d'omettre de faire quelque chose pourrait tout aussi bien être décrit comme une action.

93. Voir *R. v. Robinson*, [1915] 2 K.B. 342 (C.C.A.) pour un exemple de l'application de l'approche objective.

94. Voir *R. v. Godfrey*, [1974] 4 W.W.R., 18 C.C.C. (2d) 90 (C.S. Alb.) pour un exemple de l'application de l'approche subjective.

accomplies en toutes circonstances. Par exemple, le voleur de banque entreprend sa journée en se levant et en s'habillant, mais ces gestes ne devraient sûrement pas être considérés comme des actions tendant à la consommation du hold-up qu'il effectuera au cours de la matinée. De même, l'incendiaire doit nécessairement se munir d'allumettes, mais ce simple achat pourrait difficilement être tenu pour une action tendant à la consommation de l'incendie volontaire. Se lever, s'habiller, acheter une boîte d'allumettes, ce sont des gestes courants, qui peuvent bien sûr être faits sans aucune intention criminelle. Cela reviendrait donc en réalité à punir la simple intention coupable que d'y voir des actions tendant à la consommation d'une infraction.

En matière de responsabilité secondaire, l'élément matériel devrait par conséquent consister dans une conduite qui tend manifestement et concrètement à la consommation d'une infraction. Il n'est pas facile d'exprimer cette idée de façon précise dans un texte de loi, car on ne peut par une simple définition cerner les notions désignées par les termes «manifestement» et «concrètement». La responsabilité dépendra en grande partie des circonstances, ce qui confère un rôle très important au juge des faits. Le législateur peut seulement énoncer que la responsabilité secondaire suppose une action tendant *concrètement* à la consommation d'une infraction, que toute autre action n'est pas suffisante. Il est en effet impossible de faire mieux que de formuler une définition de nature générale, semblable à celle qui figure dans le *Code criminel* actuel.

Le législateur pourrait-il aller un peu plus loin et donner certains critères sous la forme de modèles d'actions tendant concrètement à la consommation d'une infraction? C'est la solution retenue dans le *Model Penal Code* en matière de tentative. Cependant, les infractions criminelles sont tellement nombreuses, tellement diversifiées qu'il est illusoire de vouloir élaborer des modèles susceptibles d'embrasser tous les cas envisageables, sans procéder à des généralisations dénuées de toute signification ou sans aboutir à des dispositions d'une très grande complexité.

Exiger l'accomplissement d'une action tendant concrètement à la consommation d'une infraction, ne serait-ce pas risquer de perdre de vue le rôle préventif des nouvelles dispositions? Pour prévenir efficacement le crime, la police ne devrait-elle pas intervenir le plus tôt possible, plutôt que d'attendre qu'une action correspondant à cette définition soit accomplie? Bien sûr, mais dans de telles situations, l'intervention de la police ne doit pas obligatoirement être fondée sur la perpétration d'une infraction relevant de la responsabilité secondaire, pas plus que ce n'est le cas dans le domaine de l'arrestation préventive. Il s'agit là de deux choses entièrement différentes.

C'est pourquoi l'élément matériel, en matière de responsabilité secondaire, devrait consister dans une action tendant concrètement à la consommation d'une infraction. Cela dit, en quoi devrait-il consister de manière plus spécifique en ce qui concerne l'aide, les conseils, la tentative, et ainsi de suite?

B. Les conseils et l'incitation

Supposons que X souhaite que Y commette un crime. Quels gestes doit-il faire pour engager sa responsabilité pénale en raison de conseils ou d'incitation? Premièrement, doit-il persuader concrètement X de le commettre, ou suffit-il qu'il s'abstienne de l'en dissuader? Deuxièmement, est-il suffisant qu'il fasse quelque chose dans le dessein d'inciter Y à perpétrer l'infraction, peu importe que cette incitation ait un effet ou non?

En ce qui concerne la première question, il serait imprudent de considérer qu'une personne engage sa responsabilité pénale si elle s'abstient de dissuader autrui de commettre une infraction. Une telle abstention, en tant qu'omission, ne devrait pouvoir donner lieu à la responsabilité secondaire que si la personne qui s'abstient de la sorte a une obligation juridique envers l'éventuelle victime. [TRADUCTION] «Ce n'est qu'exceptionnellement, toutefois», soulignait le juge Dickson dans l'affaire *Smith v. Leurs*, «que la loi impose l'obligation d'empêcher autrui de faire des gestes susceptibles de causer un préjudice à des étrangers. Normalement, nul n'est tenu de surveiller autrui pour l'empêcher de porter préjudice à un tiers⁹⁵».

L'autre question («l'incitation doit-elle avoir eu un effet?») est plus délicate. Selon les règles actuelles, il existe deux types d'incitation. Dans le premier cas, il s'agit d'une infraction inchoative, consistant à tenter de persuader autrui de commettre un crime. Dans le second, l'incitation constitue une forme de complicité d'une infraction consommée, et consiste à persuader effectivement autrui de commettre celle-ci.

Cette distinction est abolie dans le régime proposé. Il ne faut plus répondre qu'à une seule question : le prévenu a-t-il accompli délibérément une action visant concrètement à inciter autrui à commettre un crime? Le fait que l'incitation demeure sans résultat n'a aucune importance. La responsabilité dépend donc uniquement des actions de l'«incitateur» : il n'est pas nécessaire que la personne qui fait l'objet de l'incitation ait entendu les paroles ou lu le texte en cause.

Et lorsque les conseils ou l'incitation empruntent la voie des médias? Si P, à la télévision, exhorte des citoyens à commettre un crime, il accomplit manifestement une action tendant concrètement à la consommation de celui-ci et, par conséquent, il engage sa responsabilité pénale. Mais si, à des fins scientifiques, artistiques ou simplement pour le divertissement du public, P fait un film décrivant le meurtre parfait, ou encore rédige un article de magazine où il explique comment se cultiver la marijuana? Dans ce cas, sa responsabilité secondaire est engagée seulement s'il est tellement manifeste qu'il prévoyait les conséquences de son incitation, que l'on doit forcément conclure qu'il avait l'intention d'inciter autrui à la commission d'une infraction. Faute d'une telle intention, l'imputation d'une responsabilité pénale dans un tel cas constituerait une restriction abusive de la liberté d'expression.

95. *Smith v. Leurs*, (1945) 70 C.L.R. 256, p. 261-262.

C. L'aide et l'encouragement

Supposons que P entende aider ou encourager (aide psychologique) E à commettre un crime. À quelles conditions P engage-t-il sa responsabilité? La simple présence en tant que spectateur est-elle suffisante? Et si l'aide apportée s'avère inutile ou que E n'en bénéficie pas? Ou encore, si P participe simplement à une transaction dont seul l'un des éléments (par exemple, la vente) est interdit? L'achat devrait-il alors être considéré comme de l'aide et de l'encouragement par rapport à la vente illégale?

Le principe demeure le même : l'inaction ne constitue pas une infraction. Le simple spectateur, qu'il soit témoin ou victime, demeure en réalité inactif; on ne peut lui reprocher rien de plus grave que de n'avoir pas empêché la perpétration du crime, ou d'être resté sur les lieux. Or, pourquoi lui imposerait-on l'obligation de prévenir la commission du crime au péril de sa vie, ou de quitter les lieux alors qu'il a parfaitement le droit de se trouver là, simplement parce qu'une autre personne y commet un délit? De toute évidence, la personne qui ne contribue effectivement d'aucune manière à la perpétration du crime ne devrait pas être considérée comme ayant engagé sa responsabilité secondaire.

Parfois, bien sûr, on peut dire que les spectateurs concourent concrètement à l'infraction. Leurs applaudissements peuvent constituer un encouragement, l'attroupement est susceptible d'entraver le travail des policiers; et même, leur simple présence en qualité de spectateurs peut susciter des spectacles illégaux qui autrement n'auraient aucune raison d'être. Dans de tels cas, on serait fondé à tenir les spectateurs pour responsables d'actions tendant concrètement à la consommation d'une infraction, pourvu qu'ils aient eu l'intention d'aider ou d'encourager les auteurs du fait principal.

Il peut aussi arriver que l'aide soit inutile, ou que l'auteur principal n'en bénéficie pas. Dans le nouveau régime, rappelons-le, aucune distinction n'est faite entre les cas où l'infraction principale est consommée et ceux où elle ne l'est pas. Par conséquent, l'efficacité de l'aide et le fait qu'elle parvienne ou non au destinataire n'ont de pertinence que dans la mesure où ils sont liés à la question centrale : P a-t-il délibérément accompli une action tendant concrètement à aider E à commettre le crime?

Reste enfin le cas de la simple participation indispensable à la constitution de l'infraction; en matière de vente illégale, par exemple, la victime ou l'acheteur engagent-ils leur responsabilité pénale? Leur présence et leur complicité devraient-elles être tenues pour des actions tendant concrètement à la consommation d'une infraction?

En réalité, leur conduite constitue plutôt l'inverse de l'acte de l'auteur principal. Abstraction faite de l'intention, une victime n'est normalement pas considérée comme ayant aidé son agresseur pour la seule raison qu'elle n'a pas offert de résistance à ce dernier, tout comme l'acheteur n'est pas réputé être complice du vendeur du simple fait de son achat. Du reste, la signification même des termes «aide» et «assistance» implique une participation revêtant un caractère plus concret.

L'étude de la politique criminelle nous amène à la même conclusion. En effet, les textes qui n'interdisent que l'un des deux aspects d'une transaction (par exemple, ceux qui prohibent la vente mais non l'achat de stupéfiants) sous-entendent deux choses : (1) le législateur a délibérément décidé de ne pas incriminer l'autre aspect et (2) l'interdiction en question visait à protéger ceux qui se trouvent de l'autre côté de la transaction. Partant, les tribunaux ne seraient pas fondés à conclure que le législateur avait l'intention d'imputer la responsabilité pénale à ceux qui échappent expressément au blâme et dont il voulait sans doute assurer la protection. C'est pourquoi la personne qui ne fait rien d'autre que de participer à une transaction dont un aspect est illégal — son intervention fût-elle indispensable à la consommation de l'infraction — ne devrait pas automatiquement être considérée comme complice.

D. La tentative

Il n'existe pas un domaine où l'élément matériel suscite davantage de problèmes que celui de la tentative. En matière de conseils, d'incitation, d'aide et d'encouragement, la question consiste à savoir dans quelle mesure le prévenu doit avoir accompli un acte concret tendant à la consommation du crime. Mais lorsqu'il s'agit de tentative, le problème se pose plutôt dans les termes suivants : dans quelle mesure le prévenu doit-il avoir dépassé le stade des simples actes préparatoires? Ces derniers, en effet, n'ont jamais été considérés comme une infraction en common law; seule la tentative est punissable⁹⁶. Toutefois, comme le montre la jurisprudence, il n'est pas facile de situer la ligne de démarcation entre les deux notions et les tribunaux ont eu recours, à cette fin, à divers critères qui laissent tous à désirer⁹⁷.

L'approche traditionnelle du common law, sinon le recours aux critères eux-mêmes, est parfaitement justifiable. Car, en premier lieu, on distingue dans la vie courante les projets et les préparatifs, d'une part, et le fait de se lancer dans une entreprise, d'autre part. En second lieu, l'incrimination des simples actes préparatoires risquerait de donner lieu à la répression de conduites absolument irrépréhensibles.

Les dispositions figurant dans le nouveau régime rendraient cependant inutile cette distinction. Au lieu de chercher dans chaque affaire à savoir s'il s'agit d'une tentative

96. Voir Meehen, *op. cit. supra*, note 87, p. 79.

97. Les principaux critères qui ont été utilisés, de même que de nombreux autres, sont énumérés en annexe. Cette prolifération de critères a incité certains auteurs et certains juges à conclure qu'il n'existe tout simplement pas de critère satisfaisant ou universel. Voir, par exemple, Stuart, *op. cit. supra*, note 54, p. 536; *R. v. Cline*, (1956) 115 C.C.C. 18 (C.A. Ont.); *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226. En revanche, G. Williams semble préconiser le recours au critère du dernier acte. Le *Model Penal Code* américain recommande l'emploi du critère du dernier acte tendant concrètement à la perpétration de l'infraction. Selon ce critère, il y a tentative lorsqu'un prévenu accomplit un acte tendant à la commission d'une infraction, qui laisse fortement présumer son intention criminelle. L'English Law Commission, *op. cit. supra*, note 86, p. 27, par. 2.49, recommandait le recours à un critère fondé sur la proximité et proposait de définir l'élément matériel comme [TRADUCTION] « toute action qui tend si bien à la perpétration de l'infraction tentée qu'elle constitue davantage qu'un simple acte préparatoire. » Le *Code pénal* français énonce que la tentative est considérée comme le crime même, si elle est manifestée par un commencement d'exécution.

ou d'actes préparatoires, les tribunaux seraient tenus de se demander si une action a été accomplie, qui tendait concrètement à la consommation de l'infraction en cause. La plupart des actes préparatoires échapperaient à l'application de ce critère. Certains d'entre eux, cependant, pourraient correspondre à la définition, et c'est à juste titre qu'ils détermineraient alors la responsabilité pénale de leur auteur.

E. Conclusion

Dans tous les cas relevant de la responsabilité secondaire, l'élément matériel devrait donc consister dans une action tendant concrètement à la consommation d'une infraction, que celle-ci soit effectivement consommée (aide ou incitation) ou qu'elle ne le soit pas (aide ou incitation demeurées sans résultat, tentative).

IV. La double mise en accusation

D'après les principes régissant la double mise en accusation, nul ne devrait être exposé à une déclaration de culpabilité à la fois pour une infraction consommée et pour aide, incitation ou tentative à l'égard de la même infraction. Par conséquent, et conformément aux règles partielles déjà en vigueur à ce sujet (*Code criminel*, articles 587 à 589), il devrait être énoncé dans le *Code* que lorsqu'un type de participation est imputé mais qu'un autre est établi, seule une déclaration de culpabilité pour cette dernière infraction devrait pouvoir être prononcée.

V. Conclusion

Pour toutes les raisons données dans les pages qui précèdent, nous arrivons donc à la conclusion que dans le domaine de la responsabilité secondaire (soit la responsabilité pénale des personnes autres que l'auteur véritable d'une infraction), il serait plus simple et plus logique de fonder les règles régissant la complicité et les infractions inchoatives sur une même notion : l'action tendant à la consommation d'une infraction. Dans les deux cas, c'est-à-dire que l'infraction soit consommée ou non, l'élément matériel, pour tous les types de participation sauf la commission véritable, consisterait dans une action tendant *concrètement* à la consommation de l'infraction et l'élément moral serait constitué par une *intention* dans ce sens. L'impossibilité de droit, ainsi que l'impossibilité de fait découlant de la nature même des choses, pourraient être invoquées à titre de moyens de défense. Quant au désistement volontaire, il ne constituerait pas un moyen de défense, mais pourrait justifier l'atténuation de la peine. L'action tendant à la consommation d'un crime rendrait son auteur passible de la même peine que l'auteur principal si le crime en question est consommé, et de la moitié de cette peine dans le cas contraire. Enfin, pour éviter tout risque de double mise en accusation, il conviendrait de préciser dans la loi que l'action tendant à la consommation d'une infraction constitue une infraction incluse.

CHAPITRE CINQ

Le complot

Nous avons décidé de consacrer un chapitre particulier à la question du complot. Contrairement aux autres notions étudiées dans le présent document, en effet, le terme «complot» embrasse deux choses tout à fait différentes. D'une part, il désigne les simples desseins criminels concertés entre deux ou plusieurs personnes. D'autre part, les autorités se servent également des dispositions sur le complot pour combattre les organisations criminelles qui se livrent systématiquement et sur une grande échelle à des activités illicites; dans de tels cas, il est souvent difficile de déterminer la participation précise de toutes les personnes impliquées, et le concept d'entente ne joue en réalité qu'un rôle limité.

En ce qui concerne la première application, relative aux simples desseins criminels concertés, on peut rapprocher le complot de la tentative, de l'incitation et de la complicité car toutes ces notions soulèvent les mêmes difficultés quant aux principes généraux, aux éléments moral et matériel et à la peine. Aussi est-il logique d'étudier ce type de complot dans le présent document.

Lorsqu'il s'agit de combattre les organisations criminelles, en revanche, les choses sont différentes. La notion de complot suscite dans ce contexte des questions touchant les valeurs fondamentales en matière de responsabilité collective. Elle soulève des difficultés pratiques au sujet de la procédure, et notamment de la preuve. Elle soulève aussi des questions délicates ayant trait aux poursuites et à la peine. Le caractère général du présent document ne se prête pas à l'étude de problèmes d'une telle envergure, qui devront faire l'objet d'un document distinct.

Aussi ne traiterons-nous ici que du premier aspect de la notion de complot, soit les desseins criminels concertés. Nous donnerons pour commencer un aperçu des règles actuelles, pour ensuite en expliquer les défauts. Nous étudierons dans un troisième temps les principes de base en la matière pour terminer en suggérant des correctifs.

I. Les règles actuelles

On trouve les règles actuelles dans une disposition de caractère général, dans des dispositions particulières et dans la jurisprudence.

A. La disposition générale

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423 :

423. (1) [**Complot**] Sauf dans les cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des complots, savoir :

a) Quiconque complot avec quelqu'un de commettre un meurtre ou de faire assassiner une autre personne, soit au Canada, soit ailleurs, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans;

b) Quiconque complot avec quelqu'un de poursuivre une personne pour une infraction alléguée, sachant qu'elle n'a pas commis cette infraction, est coupable d'un acte criminel et passible

(i) d'un emprisonnement de dix ans si la prétendue infraction en est une pour laquelle, sur déclaration de culpabilité, cette personne serait susceptible d'être condamnée à mort ou à l'emprisonnement à perpétuité ou pour quatorze ans, ou

(ii) d'un emprisonnement de cinq ans, si la prétendue infraction en est une pour laquelle, sur déclaration de culpabilité, cette personne serait passible d'un emprisonnement de moins de quatorze ans;

c) abrogé, 1980-81-82, 83, c. 125, art. 23.

d) Quiconque complot avec quelqu'un de commettre un acte criminel que ne vise pas l'alinéa a), b) ou c) est coupable d'un acte criminel et passible de la même peine que celle dont serait passible, sur déclaration de culpabilité, un prévenu coupable de cette infraction.

(2) [**Complot de common law**] Quiconque complot avec quelqu'un

a) d'accomplir un dessein illicite, ou

b) d'accomplir un dessein licite par des moyens illicites,

est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans.

(3) [**Complot en vue de commettre une infraction**] Les personnes qui, au Canada, complotent en vue de commettre, dans un pays étranger, des infractions visées aux paragraphes (1) ou (2) et également punissables dans ce pays sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada.

(4) [**Idem**] Les personnes qui, à l'étranger, complotent en vue de commettre, au Canada, les infractions visées aux paragraphes (1) ou (2) sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada.

(5) **[Compétence]** Les infractions prévues aux paragraphes (3) ou (4) sont connues et peuvent être jugées et punies par les tribunaux compétents pour juger les infractions de même nature de la circonscription territoriale où est trouvée la personne ayant conspiré, comme si l'infraction y avait été commise.

(6) **[Jugement à l'étranger]** La personne jugée à l'étranger à la suite d'un complot érigé en infraction en vertu des paragraphes (3) ou (4) est réputée avoir subi son procès et avoir été condamnée ou acquittée au Canada.

B. Les dispositions particulières

Outre cette disposition générale, le *Code* comporte les dispositions particulières suivantes touchant le complot : l'article 46 — complot pour commettre une trahison; le paragraphe 60(3) — conspiration séditeuse; et le paragraphe 424(1) — complot de restreindre le commerce.

D'autres lois comportent des dispositions sur le complot, notamment :

- *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4;
- *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8;
- *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40;
- *Loi sur les épizooties*, S.R.C. 1970, chap. A-13, modifié par S.C. 1974-75-76, chap. 86;
- *Loi sur les syndicats ouvriers*, S.R.C. 1970, chap. T-11;
- *Tarif des douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-41.

C. La jurisprudence

Le complot n'est pas défini dans le *Code*, mais la jurisprudence a tenté de préciser en quoi il consiste. C'est l'arrêt *O'Brien* qui constitue la décision de base en ce qui touche les éléments moral et matériel du complot⁹⁸. D'autres jugements, notamment *Cotroni/Papalia*⁹⁹ et *Sokoloski*¹⁰⁰, portent également sur cette question. On trouve en

98. *R. v. O'Brien*, (1954) 110 C.C.C. 1, [1954] S.C.R. 666. Le tribunal s'exprime ainsi à la page 668 (S.C.R.) :

[TRADUCTION]

Il est bien entendu essentiel que les comploteurs aient l'intention de s'entendre et cette entente doit être parfaite. Il doit également exister un dessein commun d'accomplir un fait illégal, ou un fait légitime par des moyens illégaux. Bien que l'accomplissement d'un acte manifeste tendant à la consommation du complot ne soit pas nécessaire pour rendre le crime parfait, je suis convaincu qu'il doit exister une intention de réaliser le dessein commun. Le dessein commun suppose nécessairement une intention. Il s'agit de deux synonymes. L'intention ne peut être autre chose que la volonté de réaliser l'objet de l'entente.

99. *R. c. Cotroni; Papalia c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 256, (1979) 45 C.C.C. (2d) 1.

100. *Sokoloski c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 523, (1977) 33 C.C.C. (2d) 496.

outre dans la jurisprudence des décisions sur le problème des conjoints¹⁰¹, sur les liens entre le complot, l'aide et l'encouragement¹⁰² et sur les rapports entre le complot et l'infraction principale¹⁰³.

II. Les lacunes des règles actuelles

Comme dans les autres domaines que nous avons étudiés, les défauts des règles actuelles tiennent moins au fond qu'à la forme. On constate tout d'abord un manque de généralité : malgré une disposition censément générale au paragraphe 423(2), il existe trois dispositions particulières au paragraphe 423(1) et de nombreuses autres dispositions, tant dans le *Code* que dans d'autres textes de loi.

En outre, on peut constater un certain manque d'exhaustivité; le terme «complot», qui revêt sûrement un sens technique, n'est défini nulle part. Force est donc de recourir au common law, qui demeure obscur. Par exemple, qu'est-ce qu'un dessein illicite?

Enfin, les règles actuelles sont floues et entraînent un risque de répression abusive. Pensons à la définition large donnée au complot aux alinéas 423(2)a) et b) : entente en vue «d'accomplir un dessein *illicite*, ou ... d'accomplir un dessein *licite* par des moyens *illicites*» [C'est nous qui soulignons]. Pensons aussi au risque de double mise en accusation : une personne peut être en même temps coupable d'avoir commis une infraction et d'avoir comploté de la commettre.

III. Les principes en cause

Comme nous l'avons souligné, il existe des différences importantes entre le complot et les deux autres infractions inchoatives. D'une part, tandis que l'incitation et la tentative peuvent être considérées comme correspondant en gros à la complicité et à la commission, le complot semble ne pas avoir de semblable équivalent dans le domaine des infractions consommées. D'autre part, l'élément matériel du complot — l'entente — semble presque réduire à rien l'acte requis pour la constitution de l'infraction, tandis que l'élément moral — accomplir un dessein *illicite* ou accomplir un dessein *licite* par des moyens *illicites* — est empreint d'incertitude et porte atteinte au principe de légalité.

Si le complot n'a pas d'équivalent dans le domaine de la participation, sur quels principes est-il alors fondé? Ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus, les principes justifiant l'incrimination de la complicité, de l'incitation et de la tentative sont en réalité les mêmes que ceux qui justifient l'incrimination de l'infraction consommée : les actions

101. *Kowbel v. The Queen*, [1954] S.C.R. 498.

102. *Koury v. The Queen*, [1964] S.C.R. 212.

103. *Sheppe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 22, (1980) 51 C.C.C. (2d) 481.

accomplies en vue de provoquer des atteintes à des valeurs fondamentales constituent elles-mêmes des atteintes à ces valeurs. Donc, lorsque deux ou plusieurs personnes projettent ensemble la commission d'un crime et par conséquent la violation de valeurs fondamentales, elles accomplissent une action tendant à provoquer une telle violation. Bref, l'incrimination du complot peut être justifiée par les principes généraux qui sous-tendent les autres infractions.

Dans de nombreux cas, bien entendu, de pareils desseins criminels concertés seraient punissables sans qu'il soit nécessaire de recourir aux dispositions relatives au complot. Parfois, les comploteurs pourraient être considérés comme coauteurs, ou alors être tenus l'un pour l'auteur, l'autre pour le complice. D'autres fois, on pourrait parler de tentative conjointe, ou dire que l'un est coupable de tentative et l'autre d'incitation. Dans de tels cas, l'application de la loi ne nécessite pas le recours à une infraction distincte de complot.

D'autres cas échappent toutefois à l'application des règles sur la participation, l'incitation et la tentative. Lorsque deux ou plusieurs personnes ont commencé à combiner une infraction, mais sans dépasser le stade des simples actes préparatoires, elles ne peuvent être considérées comme coupables de tentative en vertu des règles actuellement en vigueur; à plus forte raison, si elles se sont entendues au sujet de la commission d'une infraction mais n'ont encore rien fait pour concrétiser leur projet. Seules les dispositions sur le complot permettent à l'heure actuelle la répression de telles conduites.

Il est cependant permis de se demander si la responsabilité pénale devrait être imputée dans de tels cas. Tout d'abord, les actes préparatoires faits par deux ou plusieurs personnes devraient-ils déterminer leur responsabilité pénale? On peut donner deux réponses à cette question. La première, c'est que si les simples actes préparatoires peuvent ne pas paraître suffisamment graves pour être considérés comme une infraction inchoative lorsqu'ils sont accomplis par une seule personne, la situation est différente lorsqu'ils sont accomplis par deux ou plusieurs personnes: la force du nombre, la division des tâches, le complot — tout cela commande l'intervention rapide de la loi. Il est également possible de soutenir que si, comme nous le proposons, la notion de «tentative» était élargie pour embrasser toute action tendant concrètement à la consommation du crime envisagé, les actes préparatoires, conjoints ou solidaires, pourraient donner lieu à la responsabilité pénale, sans que l'existence d'une infraction distincte de complot soit nécessaire.

Par ailleurs, le simple dessein concerté devrait-il être source de responsabilité pénale? Certains répondront que non en disant que cela reviendrait presque à ériger en infraction la simple intention, mais tel n'est pas le cas. Lorsque deux personnes, qui ont résolu de commettre un crime, s'entendent ensuite pour le commettre, elles ont dépassé l'étape des projets; elles ont accompli une action extérieure, soit le fait de s'entendre entre elles sur un dessein criminel. Si elles ont agi ainsi, c'est sans doute parce qu'elles pensaient parvenir plus facilement à leurs fins en joignant leurs efforts; manifestement, donc, on peut parler d'une action tendant à la consommation d'une infraction.

S'agit-il toutefois d'une action tendant concrètement à la consommation d'une infraction? Le fait de s'entendre avec d'autres personnes est encore plus éloigné de la consommation que le simple acte préparatoire. On pourrait donc s'opposer à ce qu'une telle entente soit punissable, en prétendant que cette action est relativement inoffensive par rapport au véritable complot, à la préparation et à l'organisation d'un crime. Mais ici encore, la force du nombre, la répartition des tâches, et ainsi de suite, font de la simple entente une source de danger; les organisations criminelles, après tout, préparent leurs activités par des ententes.

L'existence d'une infraction de complot s'avère donc nécessaire. Quels devraient alors être les éléments requis pour sa constitution? Selon les règles actuelles, l'élément matériel consiste dans le fait de «comploter», c'est-à-dire de s'entendre avec d'autres, et l'élément moral, dans son sens le plus large, consiste dans l'intention d'accomplir un dessein illicite, ou d'accomplir un dessein licite par des moyens illicites. Ces définitions sont-elles bien fondées?

À notre sens, l'élément matériel ne pose pas de problèmes sérieux. La notion d'«entente» est simple à comprendre, chacun sait ce qu'elle signifie. Conformément aux principes généraux, bien sûr, une action manifeste est requise. L'entente doit être concrète — le simple fait de s'abstenir de manifester son désaccord ne devrait pas être source de responsabilité pénale. Par ailleurs, comme les ententes de ce type ne sont en général pas conclues ouvertement, elles doivent souvent être inférées par d'autres éléments de preuve. Cependant, dans la mesure où ce qui doit être inféré est une entente concrète, et non simplement une entente tacite ou implicite, aucune modification n'est requise pour cet aspect du complot.

On ne peut en dire autant de l'élément moral. Selon les règles actuelles, constitue un complot le fait de s'entendre avec quelqu'un pour commettre un crime, une infraction aux règlements fédéraux, provinciaux ou municipaux, ou même un délit civil. Pour notre part, nous estimons cependant que les infractions aux règlements, quels qu'ils soient, ne devraient pas être visées par les dispositions sur le complot, et ceci pour deux raisons. Étant donné l'existence d'un code criminel, c'est celui-ci qui devrait déterminer le champ des infractions criminelles; c'est dans le *Code*, et nulle part ailleurs, que l'on devrait trouver les conduites érigées en infractions pénales. En outre, on ne peut parler d'uniformité lorsque le fait de s'entendre pour commettre un acte donné constitue un complot dans une province et non dans l'autre, simplement à cause de différences existant entre les lois provinciales; or l'uniformité est de toute évidence souhaitable en droit pénal.

Nous ne pensons pas non plus que la notion de complot devrait embrasser le simple fait de s'entendre pour accomplir un dessein illicite, ou accomplir un dessein licite par des moyens illicites. Quelle que soit la différence entre les deux — du reste, existe-t-il véritablement une différence? — le terme «illicite» est beaucoup trop vague, il a une portée beaucoup trop large. Par suite de sa présence dans la définition du complot, il est impossible de savoir avec certitude quel est au juste l'objet de l'infraction en question, ce qui contrevient au principe de légalité.

Un autre argument peut être invoqué, qui revêt une importance considérable dans le contexte canadien. Au Canada, c'est au Parlement qu'a été confiée la compétence en matière de droit criminel. Lorsque le Parlement considère une conduite comme suffisamment répréhensible pour justifier des sanctions pénales, il peut décider d'en faire un crime. Mais lorsqu'il n'a pas jugé opportun d'ériger un acte en infraction criminelle, le simple fait de s'entendre avec d'autres pour accomplir l'acte en question ne devrait pas devenir, ne fût-ce qu'indirectement, un crime en raison de dispositions provinciales ou autres. Seul le Parlement devrait déterminer le champ du droit criminel.

Selon nous, l'infraction de complot devrait consister dans une entente entre deux ou plusieurs personnes en vue de commettre un acte qualifié d'infraction criminelle par le *Code*. Quant à savoir si les actes en question devraient être restreints aux infractions les plus graves (c'est-à-dire aux «actes criminels»), il est impossible de répondre à cette question tant que la Commission n'en sera pas arrivée à des conclusions définitives en matière de classification des infractions. En principe, cependant, si le complot doit être tenu pour une infraction grave, les actes sur lesquels porte l'entente devraient également présenter un caractère sérieux.

IV. La double mise en accusation

À notre sens, nul ne devrait être exposé à la condamnation à la fois pour une infraction inchoative et pour la consommation de la même infraction. Si l'infraction à laquelle le prévenu a contribué a été consommée, il devrait être tenu pour responsable à titre de complice. Si l'infraction n'est pas consommée, ou que la personne n'y ait pas véritablement contribué, cette dernière devrait au plus être considérée comme responsable d'une infraction inchoative. Par conséquent, lorsqu'une personne est inculpée d'une infraction, mais qu'il est seulement établi qu'elle a comploté de la commettre, elle ne devrait pas être déclarée coupable de l'infraction en question, mais bien de complot.

Le cas où il est établi qu'une personne, inculpée de complot, a participé à l'infraction consommée, suscite un problème. D'une part, cette personne ne devrait manifestement pas être acquittée et devrait à tout le moins être déclarée coupable de complot. D'autre part, il serait quelque peu injuste de la déclarer coupable de l'infraction consommée et de l'exposer ainsi à la peine entière alors que ce n'est pas de cela qu'elle était inculpée.

Sur cette question, nous concluons de manière provisoire que cette personne devrait pouvoir être déclarée coupable de complot et devrait être passible de la moitié de la peine prévue pour l'infraction consommée.



CHAPITRE SIX

Recommandations

1. Les règles régissant la complicité et les infractions inchoatives devraient être fondées sur le concept d'action tendant à la consommation d'une infraction.

2. Les règles actuelles en matière de participation devraient être remplacées par une disposition énonçant que, à l'égard d'une infraction consommée, la responsabilité pénale d'une personne est engagée si

- a) elle a commis l'infraction en question;
- b) elle a aidé autrui à la commettre;
- c) elle a incité autrui à la commettre;
- d) elle a comploté avec autrui de la commettre;

et que cette personne est passible de la même peine dans les trois premiers cas, et de la moitié de la peine dans le cas du complot.

3. Les règles actuelles en matière d'infractions inchoatives devraient être remplacées par une disposition énonçant que, à l'égard d'une infraction non consommée, la responsabilité pénale d'une personne est engagée si

- a) elle a tenté de commettre l'infraction en question;
- b) elle a aidé autrui à la commettre;
- c) elle a incité autrui à la commettre;
- d) elle a comploté avec autrui de la commettre;

et que cette personne est passible de la moitié de la peine prévue pour l'infraction consommée.

4. (1) Il conviendrait d'énoncer dans la loi que la responsabilité pénale dont il est question dans les recommandations 2 et 3 peut être imputée pour une action accomplie de l'une des trois manières suivantes :

- a) individuellement;
- b) conjointement avec autrui;
- c) par l'intermédiaire d'un agent innocent.

(2) La responsabilité conjointe devrait viser le cas où deux ou plusieurs personnes se partagent l'élément matériel de l'infraction spécifique, ou se partagent une action tendant concrètement à sa consommation — tentative, aide, incitation, complot.

(3)a) En matière de complot, la responsabilité pénale devrait supposer une entente en vue de commettre une infraction prévue au *Code criminel*, avec l'intention de la commettre.

(3)b) Dans tous les autres cas, sauf celui de la commission effective, la responsabilité devrait supposer l'accomplissement d'une action tendant concrètement à la consommation d'une infraction spécifique prévue au *Code criminel*, avec une intention dans ce sens.

(4) L'impossibilité de droit et l'impossibilité de fait tenant à la nature même des choses devraient pouvoir être invoquées à titre de moyens de défense dans le cas de la tentative, de l'aide, de l'incitation et du complot, mais le désistement volontaire et l'impossibilité de fait ordinaire ne devraient pas être considérés comme des moyens de défense.

(5)a) Toute personne inculpée d'une infraction consommée devrait, lorsque la preuve s'y prête, pouvoir être déclarée coupable de participation à une infraction non consommée.

(5)b) Toute personne inculpée d'une infraction non consommée devrait pouvoir en être déclarée coupable bien que la preuve démontre sa participation à une infraction consommée.

(6)a) Toute personne inculpée d'une forme de participation à une infraction consommée ou non devrait, si la preuve s'y prête, pouvoir être déclarée coupable de l'une des autres formes de participation.

(6)b) Le comploter qui contribue à la commission d'une infraction consommée devrait être tenu pour responsable d'avoir aidé autrui à la commettre, et celui qui n'y contribue pas devrait être tenu pour responsable de complot, comme s'il s'agissait d'un crime non consommé.

ANNEXE

Les critères utilisés pour distinguer la tentative des actes préparatoires

I. Les cinq critères principaux

A. Le critère du dernier acte ou de l'étape finale

Ce critère provient de l'*obiter dictum* du Baron Parke dans *R. v. Eagleton*, (1855) Dears. C.C. 515. Selon ce critère, le prévenu est coupable de tentative s'il a accompli tout ce qu'il lui était nécessaire de faire en vue de la consommation d'un crime. Il a été appliqué au Canada dans l'affaire *R. v. Courtemanche and Bazinet*, *supra*, note 46, mais a été par la suite désapprouvé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. James*, [1971] 1 O.R. 661, p. 663.

B. Le critère de l'arrêt *Cheeseman*

Ce critère tire son origine de l'affaire *R. v. Cheeseman*, *supra*, note 45, et a été repris par Sir James Fitzjames Stephens, *op. cit. supra*, note 36, article 47, actuellement la 9^e édition (1950), article 29. Selon Stephens, l'application de ce critère suppose [TRADUCTION] «une action ... s'inscrivant dans une série d'actions, qui constituerait [la] commission véritable [d'un crime] si elle n'était pas interrompue». Ce critère a été largement employé au Canada. Voir *R. v. Snyder*, (1915) 24 C.C.C. 101, 34 O.L.R. 318; *R. v. Lepage*, (1941) 78 C.C.C. 227, [1941] 4 D.L.R. 484; *R. v. Brown*, (1947) 88 C.C.C. 242, 3 C.R. 412; *R. v. Quinton*, *supra*, note 45 (les juges Estey et Rinfret); *R. v. Young*, (1949) 94 C.C.C. 117.

C. Le critère de la proximité

Ce critère consiste à déterminer à quel point le prévenu est venu prêt de commettre véritablement l'infraction. Il a été appliqué au Canada dans les affaires suivantes : *Kelley v. Hart*, (1934) 61 C.C.C. 364 (C.A. Alb.); *Case of Duels*, *supra*, note 27; *R. v. Sorrell and Bondett*, (1978) 41 C.C.C. (2d) 9 (C.A. Ont.), et *R. v. Cline*, *supra*, note 97.

D. Le critère de la première étape

Suivant ce critère, la tentative est consommée lorsque le prévenu accomplit sa première action tendant manifestement à la commission d'une infraction. Ce critère figure dans les codes pénaux de plusieurs pays, notamment le Danemark et l'Australie. L'une des plus anciennes décisions où il en soit fait état est *Commonwealth v. Eagan*, (1889) 190 P.A. 10, p. 22.

E. Le critère de l'acte non équivoque

Ce critère a été élaboré par Sir John W. Salmond dans *Jurisprudence*, 12^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1966, p. 404, et fut par la suite adopté par la Nouvelle-Zélande dans le *Crimes Act* de 1908. Selon ce critère, la tentative est consommée lorsque l'action elle-même, abstraction faite de tout énoncé d'intention, démontre sans équivoque que le prévenu avait l'intention de commettre une infraction. L'application de ce critère a été écartée au Canada dans l'arrêt *R. v. Cline*, *supra*, note 97.

II. Quelques autres critères

A. La théorie de la proximité du danger

O. W. Holmes, dans *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1963, p. 56, a proposé que, pour déterminer si une action constitue un élément matériel, on considère [TRADUCTION] «la proximité du danger, la gravité du préjudice et l'importance des craintes suscitées».

B. Les étapes de la commission

Ce critère est fondé sur la prémisse que toute action criminelle consiste dans un nombre déterminable d'actes distincts, qui commencent lorsque le prévenu conçoit l'idée de commettre le crime et se terminent avec l'exécution de celui-ci. Il s'ensuit que l'on peut déterminer la proximité en comptant à rebours à partir du dernier acte nécessaire à l'exécution (voir Fletcher, *op. cit. supra*, note 90).

C. Le critère de Turner

Ce critère est une variante de celui de l'acte non équivoque. La paternité en est attribuable à J. W. C. Turner, «Attempts to Commit Crimes», (1933-1935) 5 *Cambridge L.J.* 230, p. 236. Voici le critère que cet auteur propose :

[TRADUCTION]

L'élément matériel de la tentative existe lorsque le prévenu accomplit une action qui représente une étape tendant à la commission d'un crime spécifique, et que l'accomplissement de cette action n'a d'autre but que la commission de ce crime spécifique.

Ce critère a été appliqué dans l'arrêt *Davey v. Lee*, [1967] 2 All E.R. 423.

D. Le critère de l'arrêt *R. v. Taylor*

Le critère proposé dans cet arrêt (1 F. & F. 512; (1859) 175 Eng. R. 831) est le suivant: l'élément matériel doit être une action tendant immédiatement et directement à la consommation du fait principal.

E. Le critère de l'efficacité

Dans ce cas, l'action du prévenu correspond à l'élément matériel si elle tendait de manière efficace à la réalisation de son objectif. On a eu recours à ce critère dans des cas où la consommation de l'infraction était impossible. Par exemple, selon ce critère, le fait de recourir au vaudou pour commettre un meurtre ne constituerait pas l'élément matériel de la tentative de meurtre, puisque le vaudou ne permet pas au prévenu d'atteindre son objectif (voir Fletcher, *op. cit. supra*, note 90, p. 150-151).

F. Le critère de l'attention

Ce critère, élaboré dans l'arrêt *R. v. Osborn*, *supra*, note 80, est une variante du critère précédent. Dans ce cas, pour être coupable de tentative, le prévenu doit avoir agi avec attention en vue de parvenir à ses fins. Par exemple, le prévenu qui tente d'empoisonner autrui en utilisant une substance inoffensive ne peut être considéré comme étant «attentif». Cependant si la tentative échoue seulement par suite de l'insuffisance de la dose, le prévenu a tout de même fait un effort d'attention et peut être déclaré coupable.

G. Le critère de l'arrêt *Hope v. Brown*

Le critère retenu dans cet arrêt ([1954] 1 All E.R. 330) ressemble à celui utilisé dans l'arrêt *Cheeseman*. Il s'agit en réalité d'un critère de proximité, assorti d'une particularité. Le juge Byrne déclarait, à la page 332:

[TRADUCTION]

!Les actions de l'intimé n'ont pas été interrompues, parce que le moment de leur consommation n'était pas encore arrivé. Ces actions ... étaient pour cette raison trop éloignées de la consommation du fait principal. Elles manifestaient sans aucun doute une tentative, mais ne présentaient pas un lien suffisant avec l'infraction pour constituer une véritable tentative punissable.

H. Le critère du désistement probable.

Ce critère a été employé aux États-Unis. La conduite d'un prévenu équivaudra à une tentative dans le cas où, si elle n'avait pas été interrompue par une cause extérieure, elle aurait entraîné [TRADUCTION] «dans le cours naturel et ordinaire des choses» la consommation d'un crime. Voir Donald Stuart, «The *Actus Reus* in Attempt», [1970] *Crim. L.R.* 505, p. 509.

I. Le critère de la motivation rationnelle

Ce critère a été élaboré par Fletcher, *op. cit. supra*, note 90. Cet auteur cherche à déterminer la nature véritable de la tentative en considérant l'effet qu'une erreur de fait quant aux circonstances entourant la tentative peut avoir sur celle-ci. Il soutient qu'un prévenu peut être considéré comme ayant tenté de commettre une infraction, même s'il agit sous le coup d'une erreur, lorsque le fait de connaître la vérité aurait une incidence sur ses motifs le poussant à agir, lui donnerait une bonne raison de modifier sa conduite. Selon cette théorie, si un homme tente de recevoir des biens sans savoir qu'il s'agit de biens volés, il sera coupable de tentative de possession de biens volés seulement si le fait de savoir qu'il s'agissait de biens volés l'aurait incité à refuser les biens. Normalement, une telle connaissance n'aurait aucune incidence sur le prévenu pour ce qui est de la prise de possession des biens, et par conséquent il ne serait pas coupable de l'infraction de tentative de possession de biens volés.